

UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO – UPF
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO DA FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE MESTRADO EM DIREITO
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: NOVOS PARADÍGMAS DO DIREITO

**A DELAÇÃO PREMIADA QUANDO DO CÁRCERE PREMATURO:
UMA NEGOCIAÇÃO ENTRE DÍSPARES E MANIFESTA COAÇÃO
ESTATAL**

SANDRA ESPICH

Passo Fundo – RS, março de 2017.

UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO – UPF
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO DA FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE MESTRADO EM DIREITO
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: NOVOS PARADÍGMAS DO DIREITO

**A DELAÇÃO PREMIADA QUANDO DO CÁRCERE PREMATURO:
UMA NEGOCIAÇÃO ENTRE DÍSPARES E MANIFESTA COAÇÃO
ESTATAL**

Sandra Espich

Dissertação submetida ao Curso de Mestrado em Direito, como requisito parcial para obtenção de título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Marco Aurélio Nunes da Silveira.

Passo Fundo – RS, março de 2017.

Dedico este trabalho à minha família, os quais, com amor incondicional, sempre acreditaram em mim.

AGRADECIMENTOS

Em agradecimento ao sentimento que nem a razão pode explicar, pela cumplicidade que não viu limites, pelo amor incondicional que sofre junto nas horas de agonia e por você ser uma pessoa que comemora e vibra as minhas vitórias como se suas fossem...

Pela credibilidade, o apoio e parceria, assim como pelas constantes aflições advindas dos mais variados desafios, tudo por conta de meus sonhos, que você comprou como sendo seus...

Para você, Daniel Hedlund Soares das Chagas, não somente este trabalho, mas meu eterno agradecimento, carinho e amor.

Ao Mestre!

Sempre pensei ser fácil agradecer ao Mestre. Ledo engano! Depende do Mestre.

Palavras de gratidão e de orgulho, sinônimas de uma fidelidade educandária, não me parecem suficientes para exprimir o tamanho do necessário agradecimento pelo privilégio de ter podido desfrutar de sua sabedoria, contar com sua generosidade, sua presteza, sua pontualidade e principalmente sua inesgotável paciência.

Ao “meu Mestre”, pessoa que carregarei por toda vida tatuado num coração agradecido, todas as reverências que a singeleza da espécie humana nos permite. Obrigada!

À todos os professores e funcionários que direta ou indiretamente fizeram parte da minha formação.

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para os devidos fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico ao presente trabalho, isentando a Universidade de Passo Fundo, a Coordenação do Curso de Mestrado em Direito, a Banca Examinadora e o Orientador de toda e qualquer responsabilidade desse estudo.

Passo Fundo – RS, março de 2017.

Sandra Espich
Mestranda

SUMÁRIO

RESUMO.....	8
ABSTRACT.....	9
INTRODUÇÃO	10
CAPÍTULO I – A REALIDADE DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO, A DICOTOMIA DOS SISTEMAS PROCESSUAIS E A BUSCA PELA VERDADE, NUM OLHAR VOLTADO PARA OS DIREITOS DO PRESO	13
1.1 Os sistemas inquisitório e acusatório e o sistema processual penal brasileiro voltado à atividade jurisdicional.....	13
1.2 Crítica à apuração da verdade como justificativa e atividade judicial	30
1.3 A autoincriminação como meio de prova, observando o direito ao silêncio, a presunção de inocência e a dignidade humana.....	47
SEGUNDO CAPÍTULO – AS PRISÕES CAUTELARES E SUAS MOTIVAÇÕES: DISCUTINDO A DELAÇÃO PREMIADA FRENTE ÀS CONDIÇÕES DO ENCARCERADO	70
2.1 A delação premiada à vista do devido processo legal e a admissibilidade da prova ilícita.. ..	70
2.2 A política criminal, as prisões cautelares e suas motivações contempladas com olhar à delação premiada	89
2.3 A liberdade de escolha e voluntariedade na colaboração premiada diante da prisão provisória concebida como coação estatal e o princípio da intervenção mínima	126

2.4 A potencialidade defensiva e o direito de colaboração, considerando onde – ou não – o limite de renúncia aos direitos fundamentais 146

CONSIDERAÇÕES FINAIS 168

REFERÊNCIAS 175

RESUMO

Com o objetivo de analisar o instituto da delação premiada precedida de cárcere, esta pesquisa, visa uma abordagem crítica da realização do instituto, eis que surge no processo penal como forma de benefício ao judiciário, num modelo que se mostra como coação irresistível. Sugere análise de forma reflexiva sobre a real condição do delator enquanto preso provisório frente à Constituição Federal/88, tratando do tema, visando não só a utilidade do instituto, mas evidenciar o coagir, tido como uma verdadeira tortura na busca da colaboração, ao nosso entender nada voluntária. Por conta da relevância do proceder quando da delação, abordar-se-á os sistemas, num breve esclarecimento sobre estes, suas características, elementos principais, destacando de forma sutil as vantagens ou desvantagem de cada um, por conta de comparativos com o processo penal contemporâneo, especialmente no que refere à prova, sua concepção, gestão e valoração dentro destes, bem como os meios considerados legítimos ou não de sua constituição, diante das garantias a serem asseguradas ao acusado/investigado, enquanto sujeito de deveres e especialmente sujeito de direitos. Considerar-se-á o âmbito social, a estigmatização do sujeito criminoso, as relações de poder e a política criminal adotada pelo Estado, abordando a atividade judicial, em torno de um olhar novamente crítico, onde será observada e analisada a sujeição do homem como instrumento de prova, especialmente frente a um Estado Democrático de Direito. O devido processo penal também esta sendo sobremaneira atingido com essa “espécie” de cárcere motivado pelo fim de obter a confissão, restando a pretensão de que haja uma adequação maior do instituto, de modo claro que se respeitem os direitos fundamentais, especialmente quanto as condições da delação, como requisitos ou condição de admissibilidade. Essencial à colheita e produção de prova, precisa ter sua funcionalidade adequada.

Palavras-chave: Cautelares. Delação premiada. Direitos e garantias fundamentais. Prova. Sistemas processuais. Verdade real.

ABSTRACT

With the purpose of analyzing the institute of the awarding of the prize, this research aims at a critical approach to the institute's implementation, since it appears in the criminal process as a form of benefit to the judiciary, in a model that shows itself as irresistible coercion. It suggests a reflexive analysis on the real condition of the informant as a provisional prisoner in relation to the Federal Constitution / 88, dealing with the subject, aiming at not only the usefulness of the institute, but also evidence of coercion, considered as a true torture in the search for collaboration, to our Understand anything voluntary. Due to the relevance of the procedure when delinquency, the systems will be approached in a brief clarification about these, their characteristics, main elements, subtly highlighting the advantages or disadvantages of each one, due to comparative with the criminal process Contemporary, especially with regard to the proof, its conception, management and valuation within these, as well as the means considered legitimate or not of its constitution, before the guarantees to be assured to the accused / investigated, as subject of duties and especially subject of rights . It will be considered the social scope, the stigmatization of the criminal subject, the relations of power and the criminal policy adopted by the State, approaching the judicial activity, around a critical look again, where it will be observed and analyzed the subjection of the man as Instrument of proof, especially in relation to a democratic state of law. Due process of criminal proceedings is also being hit with this "kind" of imprisonment motivated by the aim of obtaining a confession, and there is still a need for a greater adequacy of the institute, so that fundamental rights are respected, especially as regards the conditions As requirements or condition of admissibility. Essential to harvesting and producing proof, it must have its proper functionality.

Keywords: Preliminary indications. Prize-giving. Rights and fundamental guarantees. Proof. Procedural systems. Real truth.

INTRODUÇÃO

Este estudo teve como objetivo contribuir para análise do instituto da delação premiada, especialmente quando precedida de cárcere prematuro. Para isso, foi organizado em dois capítulos, que se somam à introdução e às considerações finais.

O tema da delação premiada como coação irresistível surge como forma reflexiva sobre a situação do preso provisório. A intenção é trazer ao leitor uma visão crítica sobre o uso e sobre a efetiva utilidade do instituto da delação premiada, em especial à vista do cárcere prematuro.

Infelizmente hoje a liberdade, ao invés de regra no processo penal, tem se traduzido em moeda de negociação para obtenção de prova que de outro modo talvez nunca fosse obtida. O Estado se vale de medida vergonhosa como a prisão preventiva para de maneira forçosa impingir sua vontade ao preso, para que faça a delação sob pressão psicológica, com aceno de vantagens individuais em detrimento dos demais acusados.

O cárcere prematuro é forma cruel de negociação na delação. É forma que subtrai a capacidade do suposto delator de realmente sopesar as vantagens do ato. Em uma perspectiva crítica, considera-se como prática de tortura, na qual a vontade do delator não é livre, mas viciada, contrariando a ideia de que a delação é uma benesse para o réu.

Nesse sentido, o interesse em saber se a delação premiada, ao molde desenhado no processo penal brasileiro, é um instituto que, com seu resultado politicamente desejável, mostra-se benéfico e se coaduna com os preceitos constitucionais.

Após a introdução, no primeiro capítulo, objetiva-se analisar os sistemas processuais no afã de compreender o sistema norteador do processo penal brasileiro.

Destacam-se os principais conceitos e questões que implicam em esclarecimentos sobre os sistemas inquisitório e acusatório, revelando diferenças substanciais, aplicabilidade e utilidade para o ordenamento.

Observando-se ainda o exercício do poder e a política criminal adotada para assegurar o sistema e mantê-lo, num foco sobre a perseguição da (in)verdade real, objetivo da prova processual, numa observância à lei do silêncio, suas peculiaridades e cobertura, bem como a não autoincriminação – destruída quando da delação.

O primeiro capítulo foi subdividido em três seções. Na primeira delas expõe-se um relato sucinto dos sistemas processuais e a realidade do processo penal brasileiro e dos princípios constitucionais, a atividade jurisdicional, gestão da prova e política criminal.

Em seguida, na segunda seção, aborda-se a pretensa busca da verdade, que alicerça o modelo de proceder no processo penal, assim como a atividade judicial voltada a essa busca.

Posteriormente, na terceira e última seção do primeiro capítulo surge a autoincriminação como meio de prova em franco ataque quando da presença insistente de uma delação - suas consequências e benesses, diante dos interesses – do individual, coletivo e do Estado.

No segundo capítulo, busca-se examinar a motivação das prisões cautelares, considerados os preceitos constitucionais e a realidade estereotipada do preso, tendo em vista as consequências do cárcere, o amparo do Estado e seus interesses nesta prisão antecipada.

Para isso, o capítulo foi organizado em três seções. Na primeira, faz-se um estudo sobre a delação premiada que figura como medida apoiada e valorada, dada a sua utilidade na obtenção da prova. Dá-se prioridade à forma como está sendo utilizada a delação, sopesando as normas relacionadas à matéria, especialmente pelo meio que é obtida.

Descrevem-se, também, os critérios e exigências para produção deste modo de prova fatores esses importantes para a regular incidência do instituto que, em que pese seja tido por muitos como indecoroso incentivo para produção de provas, é medida promovida pelo Estado, de grande aplicação e com potencialidade de se tornar o maior gerador de pena.

Já na segunda seção, mostra-se a política criminal e as prisões cautelares de abrangência ilimitada, o tratamento dispensado ao encarcerado, no contexto de uma literal negociação entre díspares, avaliando a moeda de troca.

Avalia-se o instituto com um olhar que contempla as consequências geradas no ato de colaborar frente às medidas alternativas ao cárcere, que analisadas sob a visão do instituto, têm eficácia apequenada pelas práticas da delação, fomentadas como modo de coerção do preso.

Na terceira seção, surge uma leitura do direito processual penal voltado ao réu, na qual consta a delação como condição e um desafio ao efetivo cumprimento da liberdade.

Neste trabalho se pretende analisar a incidência do instituto da delação na vontade do delator e seus direitos subjetivados, as pessoas envolvidas e seus interesses, o poder estatal deferido aos formadores da culpa dentro deste instituto; assim como o agir do Estado ao deferir e aceitar a delação, seus objetivos e suas considerações, eis que no cárcere o Estado encontra um ambiente extremamente propício a coagir o sujeito, notadamente quando este se sente isolado do mundo real.

Por fim, na quarta e última seção, que leva o título de “A potencialidade defensiva e o direito de colaboração, considerando onde reside - ou não - o limite de renúncia aos direitos fundamentais”, verifica-se a condição do preso frente ao direito de uma defesa potencial, sendo apontadas consequências da delação premiada nesta seara, com enfoque no limite autorizado de renúncia aos direitos fundamentais e na possibilidade de uma

adequada compreensão dos fenômenos que compõem o seu objeto de interesse processual.

Tem-se a pretensão de fugir da já tão debatida condição degradante em que se cumprem as penas no Brasil, mas adentrando no inevitável constrangimento decorrente das cautelares, que são realidade no judiciário, de uso indiscriminado, mesmo diante de medidas alternativas, deixando clara a vontade voltada para a punibilidade, em uma sociedade que aceita essa vulgarização das penas e tem nelas o fim concreto do processo penal.

CAPÍTULO I – A REALIDADE DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO, A DICOTOMIA DOS SISTEMAS PROCESSUAIS E A BUSCA PELA VERDADE, NUM OLHAR VOLTADO PARA OS DIREITOS DO PRESO.

O direito processual penal é uma disciplina que ocupa vasto espaço na ciência do direito. Contempla ações que de forma direta influenciam na vida em sociedade, e como tal, merece que estudos sobre si recaiam, no afã de sua melhor compreensão.

Justifica-se assim, adentrar, de forma breve, na conceituação sobre sistemas, num saber científico, mas crítico, que volte olhares à estrutura processual havida, existente e esperada, conhecendo sobre sistemas, eis que a palavra sistema é empregada como um conjunto de entes, suas relações entre si e os demais, bem como entre estes e o ambiente, com o que é externo¹.

¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A palavra dos mortos: conferências de criminologia cautelar**. Coordenadores: Luiz Flávio Gomes; Alice Bianchini. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 419.

1.1 Os sistemas inquisitório e acusatório e o sistema processual penal brasileiro voltado à atividade jurisdicional

A teoria dos sistemas busca criar, de forma científica, uma tipologia estrutural, que se constitua como princípio unificador. Este elemento que caracteriza essa tipologia é o sistema, símbolo da organização no processo de informações².

De acordo com Coutinho, sistema é “um conjunto de temas jurídicos que, colocados em relação por um princípio unificador, formam um todo orgânico que se destina a um fim”³.

Referindo-se sobre o que se tem no sistema inquisitório, Coutinho menciona que a tríade não se sustenta ali. O inquisidor acusa e julga ao que o termo parte perde seu sentido, sendo o juiz sempre superior, pessoa que desencadeia a ação e a impulsiona, fixando as provas a serem efetivadas, bem como o que deve ser decidido. Para o referido autor, a inexistência de partes é o que demarca o sistema inquisitório⁴.

A partir disto, Casara traz o pensamento do sistema inquisitivo para além do que existe entre o magistrado e a prova que estabelece o quadro paranoico⁵. Percebe-se a subjetividade do inquisitivo no sentido predatório, em que se busca anular o outro como sujeito, transformando-o em uma ameaça, um inimigo terrível e perverso, que não merece proteção e compaixão⁶.

² TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. 2ª. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 54.

³ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Crítica à teoria geral do direito processual penal. O papel do novo juiz no Processo Penal**. Rio de Janeiro: Renovar. São Paulo, 2001. p. 16.

⁴ Ibid., p.17-18.

⁵ Quadro mental paranoico é descrito por Coutinho, como expressão que Franco Cordero utilizou para mencionar a atividade judicial em que o juiz, gestor da prova, decide de forma prévia, buscando no material de prova elementos que confirmem a sua versão, o que imaginou como verdadeiro. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Crítica à teoria geral do direito processual penal. O papel do novo juiz no Processo Penal**. Renovar. Rio de Janeiro. São Paulo, 2001. p. 32.

⁶ CASARA, Rubens R.R; Melchior, Antonio Pedro. **Teoria do processo penal brasileiro: dogmática e crítica vol. I: conceitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 89.

Este conjunto de temas jurídicos, colocados por conta de um princípio unificador, é destinado a um fim (que é a instrumentalidade pela paz social), no qual os princípios inquisitivo e dispositivo dão sustentáculo ao sistema inquisitivo e acusatório respectivamente⁷.

O princípio unificador é então o elo de ligação entre o sistema processual com problemas culturais e políticos:

O princípio unificador não só dá coerência interna ao sistema, funcionando como mandamento nuclear e vetor interpretativo, como também permite conectar o sistema processual com os problemas culturais e políticos que levaram à sua adoção. Por fim, não se pode esquecer que os *sistemas processuais* são também fenômenos culturais que, ao longo da história, foram utilizados/manipulados pelo poder político, com o objetivo de solucionar a tensão entre conservar as estruturas políticas e sociais e transformá-las⁸.

Como opção política de regimes autoritários, o sistema inquisitivo, no agir de descarte do outro que ali se conserva, deixa clara a cumplicidade existente na concepção da limitação ao poder do Estado-juiz, posto que é na problemática do poder que está o núcleo fundador em que reside a diferença entre o princípio unificador inquisitivo e o acusatório⁹.

Os princípios regem as leis e têm a função de ajudar o operador jurídico a entender o sentido das regras na busca da solução que o caso exige, qual seja, a razão da lei, cumprindo também a função da própria lei quando preenchem vazios legislativos¹⁰.

Lenio Streck, na obra *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise* (2014) traz a definição do “relacionamento” entre a norma e os princípios:

A regra não subsiste sem o princípio. Do mesmo modo não há princípio que possa ser aplicado sem o “atravessamento” de uma regra. A regra não explica; a regra esconde. O princípio desnuda a

⁷ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Crítica à teoria geral do direito processual penal. O papel do novo juiz no Processo Penal**. Renovar. Rio de Janeiro. São Paulo. 2001. p. 17-18.

⁸ CASARA, Rubens R R; Melchior, Antonio Pedro. **Teoria do processo penal brasileiro: dogmática e crítica vol. I: conceitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 66.

⁹ *Ibid.*, p.90.

¹⁰ BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 7ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. p. 27.

capa de sentido imposta pela regra (pelo enunciado, que pretende impor um universo significativo autossuficiente). O princípio é a *enunção* do que está enunciado¹¹.

Observa-se assim que os princípios tem múltipla funcionalidade. Ampliam horizontes constitucionais e dão potencialidades de disciplina jurídica para uma gama de fatos novos que não existiam ou não foram pensados quando foi elaborada e promulgada a Constituição Federal. Devido ao princípio, conformam-se as instituições e os indivíduos socialmente em acordo com o delineado programa oriundo do compromisso político definido na Carta Magna¹².

Tamanha importância dos princípios, que Prado dedica-se a esclarecer serem tais princípios essenciais:

O princípio confere ao texto constitucional vida, relação com a realidade plasmada na eleição dos valores considerados primordiais para a manutenção de um estado de compromisso social, expondo-se como dimensão determinante, apta a fornecer diretrizes materiais de interpretação das normas constitucionais¹³.

Consoante o já mencionado, os sistemas inquisitório e acusatório têm características e peculiaridades que os diferenciam, sendo que o sistema acusatório encontra predominância maior nos países de base democrática e que respeitam, de forma mais fervorosa, a liberdade. O inquisitório, pelo seu turno, mostra-se mais presente em países em que o autoritarismo predomina, onde os direitos individuais são preteridos em razão da hegemonia estatal¹⁴.

No fato de a Constituição ter em seu bojo, diretrizes sobre a imparcialidade do juiz, a iniciativa do Ministério Público para a deflagração do processo, a imprescindibilidade de defesa técnica e participação do indiciado, a previsibilidade de polícia judiciária para órgão distinto, apartado do judiciário e

¹¹ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 11ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. p. 170.

¹² PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório. A conformidade constitucional das leis processuais penais**. 3ª ed. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2005. p. 105.

¹³ Ibid., p. 106.

¹⁴ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 11ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 63.

do Ministério Público, percebe-se claramente uma estrutura voltada para o princípio acusatório. A estrutura do processo penal também foi preocupação da Constituição, por isso nela constam vários direitos e garantias fundamentais que concernem à persecução penal¹⁵.

Mas o processo penal surge com a necessidade de uma sanção pública, com estrutura onde haja um terceiro imparcial, o juiz, representando o Estado, portanto, um ente público de competência fixada na lei, que se vale da organização estatal consistente no processo judicial. Como menciona Lopes Jr., “o exercício do poder punitivo está condicionado e é condicionante da atuação estatal. O processo penal, como instituição estatal, é a única estrutura que se reconhece como legítima para imposição da pena”¹⁶.

Para Coutinho, é na gestão da prova confiada ao magistrado que reside a característica fundamental do sistema inquisitório, característica que o autor não considera como adequada. Neste sistema, de forma secreta e onipotente, pode o juiz informar-se mais sobre a verdade dos fatos de relevância penal, construindo sua verdade com vistas voltadas exclusivamente para o que ele tinha como verdadeiro sobre os fatos, longe então do contraditório, essencial no processo penal¹⁷.

Grinover, no entanto, tem que no processo contemporâneo, o juiz precisa ter iniciativa instrutória. Entende a autora que a posição mais ativa do juiz é importante e se justifica diante do fato de dever ser a prova “esvaziada” pelo magistrado para proferir sentença:

Nessa visão, que é eminentemente política, é inaceitável que o juiz aplique normas de direito substancial sobre fatos não suficientemente demonstrados. O resultado da prova é, na grande maioria dos casos, fator decisivo para a conclusão última do processo. Por isso, deve o juiz assumir posição ativa na fase instrutória, não se limitando a

¹⁵ PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório. A conformidade constitucional das leis processuais penais**. 3ª. ed. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2005. p. 107-108.

¹⁶ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 11ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 27.

¹⁷ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Crítica à teoria geral do direito processual penal. O papel do novo juiz no Processo Penal**. Rio de Janeiro: Renovar. São Paulo, 2001. p. 24.

analisar os elementos fornecidos pelas partes, mas determinando sua produção, sempre que necessário¹⁸.

Mas a pergunta comum e frequente é: qual é o sistema adotado no Brasil? Qual é o sistema válido, contemplado pela nossa Constituição?

Na Constituição Federal/88 estão firmados elementos do método acusatório, sendo este o sistema eleito, como se afere com a leitura da Carta Magna. Mas a existência dos poderes instrutórios do Juiz não é um tema pacífico, eis que pode o magistrado deflagrar, participar e encerrar a investigação preliminar do processo. Contudo, não podem existir processos que ignorem que efetivamente as funções de julgar e acusar devem ser exercidas de forma apartada, havendo necessidade de provocação da parte para que haja contraditório¹⁹.

De se confessar e frisar que atualmente não se tem no Brasil um sistema puro. Por conta disso, como menciona Coutinho, há uma ideia de que se tenha terceiro sistema, o que não é verdadeiro, porque o mencionado sistema misto só existe formalmente (uma literal conjugação de outros dois). Esse dito sistema misto não tem um princípio unificador próprio, mostra-se, portanto, essencialmente inquisitório - mas com algumas características do acusatório de forma secundária- como acontece com o sistema brasileiro. Pode, no entanto, ser do contrário, essencialmente acusatório com características secundárias do inquisitório²⁰.

É então necessário saber o núcleo, o princípio informador do sistema e é a gestão da prova que expressa de maneira mais sólida a democracia como princípio unificador do sistema acusatório. Devido a este

¹⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 27. jul – set. 1999. Doutrinas essenciais no processo penal. vol. 4. jun / 2012. p. 4-5.

¹⁹ FYSCHINGER, José Francisco de. **As ciências criminais em debate**. Organizado por: Renata Almeida Costa; Luiz Fernando Pereira Neto. Passo Fundo: Ed. Universidade de Passo Fundo, 2007. p. 157-159.

²⁰ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Crítica à teoria geral do direito processual penal. O papel do novo juiz no Processo Penal**. Rio de Janeiro: Renovar. São Paulo. 2001. p. 17-18.

fato, deve-se impedir que o julgador faça parte da prova, que se contamine com o chamado quadro mental paranoico para que não possa simplesmente justificar a decisão que já está tomada por ele²¹. Aqui se pede licença para postergar maiores esclarecimentos para o segundo capítulo, no qual se analisará de forma mais pormenorizada esta questão da prova.

Ressalte-se que para Prado, o sistema acusatório possibilita uma análise sobre a função que o direito exerce dentro deste sistema, porquê, para quem, como se realiza e como deveria se realizar o sistema de justiça criminal²².

Ocorre que para ser democrático o processo penal implica na constituição de uma relação angular ou triangular, na qual o Juiz não interfira com a iniciativa da persecução penal, mas com a colaboração das partes²³. Deve o processo voltar-se para a minimização da violência, tanto privada como estatal, maximizando a liberdade, vinculando por meio do sistema o poder criminal aos direitos fundamentais, em que o princípio unificador orienta os elementos que compõem o processo, posição esta disputada pelos princípios inquisitivo e acusatório, que denotam a forma de se pensar o controle social²⁴.

Todas as práticas processuais deveriam ter legitimidade constitucional, porém muitas não têm, e o sistema acusatório deve ser visto pelo que deve ser, ser real, em que seja possível perceber suas ações nos mecanismos de repressão penal, quais sejam, as agências penais. O sistema penal adotado é modo de controle atrelado à constituição, ainda que os procedimentos estabelecidos na prática muitas vezes não sejam procedimentos legais, que não observem o essencial do sistema acusatório. Mas resta certo que, embora existam imprecisões terminológicas dentro da

²¹ CASARA, Rubens R. R.; Melchior, Antonio Pedro;—**Teoria do processo penal brasileiro: dogmática e crítica vol. I: conceitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 66.

²² PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório. A conformidade constitucional das leis processuais penais**. 3ª. ed. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2005. p. 32.

²³ Ibid., p. 71.

²⁴ CASARA, Rubens R. R.; Melchior, Antonio Pedro. **Teoria do processo penal brasileiro: dogmática e crítica vol. I: conceitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 66.

Constituição, há também outras categorias básicas, como os princípios, as normas, direitos, garantias e remédios, que servem para suprir estas faltas²⁵.

Com efeito, há que se lembrar e fazer um aparte informativo e de alerta, de que a exclusividade judiciária de dizer e aplicar o direito está se esvaziando. Os locais de poder se multiplicam na busca do domínio da vida social e se proliferam em várias áreas sociais, sendo que as formas de composição têm potencialidades de eliminar conflitos²⁶.

Demonstrando o sistema no modo em que se encontra e sugerindo a necessidade de mudança, Lopes Jr. tece a seguinte consideração:

Enquanto não tivermos um processo verdadeiramente acusatório, do início ao fim, ou, ao menos, adotarmos o paliativo da exclusão física dos autos do inquérito policial de dentro do processo, as pessoas continuarão sendo condenadas com base na “prova” inquisitorial, disfarçada no discurso do “cotejando”, “corroborando” [...] e outras fórmulas que mascaram a realidade: a condenação está calcada nos atos de investigação, naquilo feito na pura inquisição²⁷.

A toda evidência, a sistemática atual não causa conforto para alguns operadores do direito, gerando um inconformismo com o modelo de sistema que rege o processo penal brasileiro.

Vale observar que ainda se cumprem algumas das estratégias utilizadas ao tempo do medievo. Cite-se, por exemplo, o prestígio deferido aos acordos realizados entre as partes, suspeitos e Ministério Público com o fito de extinguir o processo ou procedimento²⁸.

Não se pode mais admitir o que acontece atualmente no processo penal, no qual o acusado se torna um objeto - como característico do sistema inquisitório -, o que se justifica pela alegada busca da verdade. De igual sorte não se deve admitir um processo penal de persecução ao inimigo, porque isso

²⁵ PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório. A conformidade constitucional das leis processuais penais**. 3ª. ed. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2005. p. 33-36.

²⁶ BEDIN, Gilmar Antonio. **Direito e interação na América Latina**. 1ª ed. Del'Olmo. Florisbal de Souza; Marigueli Leite de Araujo. Campinas. São Paulo: Millennium Editora, 2014. p. 75.

²⁷ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual penal**. 11ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 72.

²⁸ PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. 3ª. ed. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2005. p. 120.

é expressão de uma política criminal autoritária, que busca acima de tudo efetivar a pretensão punitiva, pois o processo penal deve ser meio de tutela do interesse social para a repressão de delitos, como também deve tutelar os direitos individuais e sociais²⁹.

O sistema bifásico (conforme o Código Napoleônico de 1808) no qual existe uma fase pré-processual inquisitória e a fase processual acusatória é denominado como monstro de duas cabeças por Lopes Júnior. De acordo com seu pensamento, a prova secreta, colhida na fase pré-processual vale mais do que a oportunizada frente ao contraditório, o que pelo autor é tido como uma verdadeira fraude³⁰. Essa, no entanto, é a realidade dos processos³¹.

Observa Gomes que, infelizmente muito do sistema medieval ainda persiste em nossos dias, especialmente nas modalidades de prisões acentuadas:

[...] Lamentavelmente as atrocidades do sistema penal medieval ainda não cessaram [...] Incontáveis são os momentos de eclipse (ou de ausência absoluta) de civilização. As barbáries prosseguem [...]. Uma síntese de todas essas atrocidades está retratada nas prisões, que se converteram no eixo do sistema punitivo burguês capitalista, desde o século XIX³².

Inegável que os operadores do direito percebem no seu cotidiano que existe uma diferença entre o que se faz na prática, o que se pensa quando da punibilização com eficácia, como se faz, e o que é assegurado pelo que

²⁹ KHALED JR., Salah H. **A busca da verdade no processo penal para além da ambição inquisitorial**. São Paulo: Editora Atlas, 2013. p. 170.

³⁰ A fraude reside no fato de que a prova é colhida na inquisição do inquérito, sendo trazida integralmente para dentro do processo e, ao final, basta o belo discurso do julgador para imunizar a decisão. Esse discurso vem mascarado com as mais variadas fórmulas, do estilo: a prova do inquérito é corroborada pela prova judicializada; cotejando a prova policial com a judicializada; e assim todo um exercício imunizatório (ou melhor, uma fraude de etiquetas) para justificar uma condenação, que na verdade está calcada nos elementos colhidos no segredo da inquisição. O processo acaba por converter-se em uma mera repetição ou encenação da primeira fase. LOPES JUNIOR., Aury. **Direito Processual penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 72.

³¹ LOPES JUNIOR., Aury. **Direito Processual penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 72.

³² GOMES, Luiz Flavio. **Beccaria (250 anos) e o drama do castigo penal: civilização ou barbárie?** Coleção saberes críticos. Coordenação: Alice Bianchini; Luiz Flavio Gomes. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 11.

ficou do garantismo no atual sistema, numa clara cultura em que o Estado atua na busca de punição. Não se pode assim olvidar as questões políticas que constam destas escolhas, que estão envolvidas nos processos, nos quais a neutralidade não é o que se vê na prática³³.

É portanto necessário forjar ações redutoras dos danos causados pela inábil intervenção das ciências criminais, que na busca de reduzir delitos, produziram violências, momento em que sugere uma ruptura com dogmatismos, sobrepondo-se aos métodos, percebendo a realidade trágica, com práticas isentas de verdade, com consciência dos limites³⁴.

O processo de transição para a democracia contém em si a necessária reforma do sistema penal, valorando os direitos fundamentais anteriormente esquecidos e desprezados, acentuando garantias para que realmente funcionem as posições jurídicas que apresentam um proveito real. Vive-se em uma sociedade em que impera uma cultura que não acata o modelo garantista (ainda que isso não seja de forma escrachada), em que a produção de leis e as sentenças são discordes do norte delineado pela Constituição, que apresenta em seu corpo, cláusulas pétreas, não funcionando de forma real, restando somente como uma possibilidade talvez para um futuro, como uma promessa, que não é alcançada, mesmo diante da realidade social. Força-se assim a aceitar que a implementação de um processo penal democrático não atingiu seus esperados efeitos³⁵.

Do todo já exposto, tem-se que, no Brasil, embora o princípio recepcionado pela Constituição Federal implique em vértices do sistema acusatório, algumas formas procedimentais fogem desta seara.

Diga-se então sobre o ônus da prova. A prova de um fato compete à pessoa que o alega. E, no processo penal descabe ao réu a obrigação de provar sua inocência.

³³ PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório. A conformidade constitucional das leis processuais penais**. 3ª. ed. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2005. p. 28-29.

³⁴ CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. 6ª. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015, p.131.

³⁵ PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório. A conformidade constitucional das leis processuais penais**. 3ª. ed. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2005. p. 79.

Isso é assertiva correta de acordo com o garantismo. Neste sentido, menciona Prado:

Aceitando-se a epistemologia peculiar ao garantismo penal, os preceitos da presunção da inocência, da reserva de jurisdição (*nulla culpa sine iudicium*) e do *habeas corpus* constituem a base das garantias pelas quais historicamente ao menos se assegura o primado de uma jurisdicionalidade em sentido lato, enquanto o contraditório, a distribuição do ônus da prova, a iniciativa da parte para a ação e a defesa concreta do acusado conforma a jurisdicionalidade em sentido estrito³⁶.

De se pensar então: o juiz exprime na sentença o seu sentimento de homem político, porque vive na sociedade, porque se envolve com as questões morais, políticas e aspirações econômicas, sendo que estas questões são inerentes à condição de homem como agente social e político³⁷.

Ora, no nosso sistema, em que temos um único juiz, é ele quem instrui e é quem julga. Assim, quando o juiz pesquisa e colhe o material de prova, inegável que sua imparcialidade resta comprometida³⁸.

Não se pode ser ingênuo e acreditar que técnicas ou métodos neutros sejam utilizados para a tomada de decisão. A lógica dedutiva sempre contamina as decisões e a verdade que se acredita ter construído é desdobramento do inconsciente, no qual se busca somente uma confirmação do já criado pelo imaginário³⁹.

Inevitável compreender que no momento em que se toma a iniciativa de algo, já está se posicionando de forma a pensar determinada coisa sobre uma referida ação, uma pré-compreensão, uma tomada de posição ainda que inconsciente, que move o sujeito. O fato de o juiz saber que não sabe sobre o que julgará conduz à imparcialidade. Essa democraticidade leva a se determinar que o juiz não participe na gestão da prova, para que não crie ele

³⁶ PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório. A conformidade constitucional das leis processuais penais**. 3ª. ed. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2005. p.87.

³⁷ Ibid., p. 77.

³⁸ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 19ª. ed. rev. e atual. 3. vl. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 238.

³⁹ CASARA, Rubens R. R; Melchior, Antonio Pedro; **Teoria do processo penal brasileiro: dogmática e crítica vol. I: conceitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 76.

uma verdade tida como sua, que só resta ser confirmada pela prova. Impede-se assim o decidir antes, cuja prova se buscará posterior e somente para adequar-se àquele *decisum*⁴⁰.

Prado, referindo Calmon de Passos, faz uma importante constatação mencionando que, além de se estar buscando transformar o processo por conta de se buscar a transformação da democracia que se tem, é preciso democratizar também a sociedade, de modo que o processo seja um meio político a ser utilizado, um instrumento de participação da sociedade, de forma mais ou menos intensa, consoante o nível de democracia que esteja sendo alcançado, não restando o processo somente como um mecanismo de composição ou resolução de causas penais⁴¹.

Em uma cultura como a brasileira, com fortes atributos de defesa social, na qual se reclama cada vez mais do rigor penal para obter-se menos impunidade - que por certo vem de uma cultura de política autoritária - é bem provável que se produzam juízes que se vinculem mais à ideia de subordinação e hierarquia, do que a de processos dialéticos e participativos. Trata-se de resultado de uma real dependência do sistema de justiça ao poder político e grupos de pressão, tanto interna como externa, que se empilham no judiciário⁴².

Segundo Prado, para validar os direitos fundamentais, deve-se preservar a tripartição das atividades no processo:

[...] o sistema processual que há de ser prestigiado por conta da função-garantia do direito e, naturalmente, da própria estrutura processual como realidade normativa, será aquele que venha a preservar a tripartição das principais atividades processuais — acusar, defender e julgar — sincronizadas [...] ⁴³.

⁴⁰ CASARA, Rubens R. R.; Melchior, Antonio Pedro; **Teoria do processo penal brasileiro: dogmática e crítica vol. I: conceitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 74-75.

⁴¹ PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório. A conformidade constitucional das leis processuais penais**. 3ª. ed. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2005. p. 81.

⁴² Ibid., p. 77.

⁴³ Ibid., p. 91.

Para tanto, de acordo com o pensamento de Casara/Melchior é necessário conter quem comanda e controla o poder, com a construção de vínculos normativos que além de minimizar o espaço de atuação do magistrado, também sirvam de controle de sua atividade. Já vigem garantias neste sentido, como a exigência de publicidade e oralidade, a garantia de independência que evita que sofra influência e também a promiscuidade entre os poderes, e a determinação de se ter naturalidade do juízo. Ou seja, o judicante existe antes do fato que será por ele analisado. Estas medidas podem garantir a imparcialidade, tutelando direitos⁴⁴.

Conforme o já mencionado, o poder-dever de punir é exclusivo do Estado nas sociedades civilizadas, proibindo assim a vingança privada, eis que o direito penal tem uma função pública (poder-dever de punir), que sofre limitações, decorrente do princípio da reserva legal, no qual figura a proibição de que não existe crime ou pena sem que a lei defina assim (*nullun crimen nulla poena sine lege*)⁴⁵.

Mas, lamentável e infelizmente, o princípio da reserva legal não tem o poder de ser a garantia maior contra os abusos estatais, por conta de incertezas que surgem na interpretação de sentidos, eis que a lei, tanto formal como material, apresenta alto grau de variação, permitindo argumentos diversos⁴⁶.

Outrora, o sistema acusatório se traduzia no fato de que a persecução e o exercício da ação penal restavam como carga de órgão distinto do juiz, que se mantinha afastado da iniciativa processual e da gestão da prova. Então acusar e julgar eram funções distintas de pessoas distintas. Prevalencia, pois, o direito do contraditório e o direito de defesa.

⁴⁴ CASARA, Rubens R. R.; Melchior, Antonio Pedro; **Teoria do processo penal brasileiro: dogmática e crítica vol. I: conceitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 78.

⁴⁵ TUCCI, Rogério Lauria. **Teoria do direito processual penal: jurisdição, ação e processo penal (estudos sistemáticos)**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 163.

⁴⁶ SCHMIDT, Andrei Zenkner. **O princípio da legalidade penal no estado democrático de direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 361.

Hoje, o sistema acusatório se caracteriza pelo fato de que a iniciativa probatória deve ser das partes, ocorre a distinção entre a atividade de acusar e julgar, o juiz é um terceiro imparcial, não interfere na investigação e nem na coleta de provas. É deferido tratamento igual às partes, em uma igualdade de oportunidades no processo de procedimento normalmente oral e público. O contraditório e a resistência para a defesa são assegurados, não há uma tarifa probatória e a sentença se vê motivada, diante do livre convencimento do órgão jurisdicional. O juiz deve adotar uma posição de imparcialidade⁴⁷.

No entanto veja-se que, a despeito de toda a carga que ao magistrado compete – e ele tem uma responsabilidade enorme – não se pode deixar de atentar que diversos são os agentes responsáveis pelas mudanças e todos devem estar focados nesta empreitada, atentos para as mudanças que a sociedade reclama. Querer mudar implica em comprometer-se com a causa, num pretenso e inevitável conjunto, consoante leciona Venosa:

Mas não há que se esquecer de que o Direito deve ser conservador na maioria das oportunidades e cabe ao intérprete ter a sensibilidade de avaliar o momento de mudar. Mudanças bruscas e inesperadas no campo jurídico são especialmente traumáticas, porque tumultuam a sociedade. Assim, devem o advogado e o juiz perceber quando é chegado o momento de modificar a orientação jurisprudencial porque se transformaram as situações sociais. O advogado transmite toda sua excelência quando sustenta que é hora de mudar. O juiz, ainda que exerça função conservadora por natureza, deve estar constantemente antenado e sentir os anseios sociais de mudança e transformação, dando pronta resposta. O verdadeiro cientista não se conforma com a inércia, porque sobrevive de descobertas e estas imprimem o dinamismo em sua existência. Não é diferente no campo do Direito⁴⁸.

Para Fyschinger, dois são os modelos que se apresentam de juiz criminal: um de acordo com o constante da Constituição e outro da lei e das práticas. Em tempos de uma democracia relativamente estabilizada, o agir do juiz tem extrema relevância, que se vê estampado em todo o processo de produção da justiça e suas práticas se subordinam à Constituição. A crise de

⁴⁷ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 11ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 65.

⁴⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Introdução ao estudo do direito: primeiras linhas**. 5ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Atlas, 2016. p. 193.

referência constitucional no plano prático e no processo penal se deve à inexistência de legislação ordinária que proponha um modelo jurisdicional incompatível com a Constituição, colocando o método acusatório em xeque⁴⁹.

Como já mencionado, Coutinho diz que a característica do sistema inquisitório é a gestão da prova, que fica a cargo do magistrado, que a observa de forma reservada. A vantagem deste sistema está para o juiz, que tem mais amplitude e facilidade na busca da prova, constituindo a (sua) verdade de forma solitária⁵⁰.

Necessário, no entanto, ter em mente que no processo penal as partes são pessoas e como tal não são subordinadas ao juiz. São sujeitos que têm deveres, mas também direitos, que mesmo diante da supremacia estatal devem ser respeitados, no qual o juiz é parte integrante, mas não a única a ser respeitada. Neste sentido Prado esclarece:

O processo assim, em um Estado democrático e, principalmente, em uma sociedade também democrática, revela-se produto da contribuição dialética de muitos e não da ação isolada de um só, ainda que este um — mesmo sendo o juiz — atue informado pela disposição de encontrar a solução mais justa, ou, dito com outras palavras, apropriando-se da expressão kelseniana, ainda que este um atue para o povo⁵¹.

O hermeneuta (especialmente se juiz penal) contribui com valores e atribuição de significados para as concepções sobre o direito quando, no ato de interpretar, ocorre a mediação entre a realidade e o texto, considerando o contido no ato normativo para obter-se seu significado. Se não visto assim, ter-se-á o juiz como mero instrumento de aplicação da lei⁵².

⁴⁹ FYSCHINGER, José Francisco de. **As ciências criminais em debate**. Organizado por: Renata Almeida Costa; Luiz Fernando Pereira Neto. Passo Fundo: Ed. Universidade de Passo Fundo, 2007. p. 155-156.

⁵⁰ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Crítica à teoria geral do direito processual penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 24.

⁵¹ PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório. A conformidade constitucional das leis processuais penais**. 3ª. ed. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2005. p. 70.

⁵² *Ibid.*, p. 92.

O juiz criminal constitucional deve ser sujeito imparcial. A acusação e o acusado são partes, juiz não. Não pode interferir na acusação ou defesa, o que assegura independência ao magistrado que, coibindo o cometimento de arbitrariedades, representa o Estado na solução de conflitos, tendo sua atividade regulada pela constituição, devendo exercer sua função de acordo com a matriz constitucional. É então o maior garantidor do processo penal acusatório, a primazia da Constituição e dos princípios ali constantes e admitidos⁵³.

Segundo Lopes Junior, ainda falta muito para o processo penal brasileiro ser considerado um sistema processual penal democrático, devendo ser desfocada a discussão entre acusatório e inquisitório. Dizer que o processo brasileiro é acusatório dá uma falsa impressão de se ter definido a discussão. O que na verdade se precisa é com base na Constituição e na Convenção Americana de Direitos Humanos, amparar e condicionar o Código de Processo Penal sob o prisma democrático⁵⁴.

De acordo com Divan, o que configura os sistemas acusatório ou inquisitório, numa aferição democrática ou autoritária, é o fim do processo penal: averiguar a verdade e verificar a justiça – não sendo isso uma lógica desprezível, porque buscar a justiça tem cunho filosófico, passando longe de ser tão somente punitivista – o que ocorre de duas formas. Uma que reside na busca dos indícios e na coleta de material que é alcançada propriamente pelo juiz, por seus métodos próprios, o que se traduz em inquisitório. A outra impera a avaliação do que é posto na cognição como as provas dos opostos na relação, princípio dispositivo, portanto sistema acusatório⁵⁵.

Chega-se à conclusão que a “cultura inquisitória” valora o juiz quando da instrução. Em que pese já se tenha atualmente uma nova sistemática, o fato é que esta cultura permeia ainda nos dias de hoje o

⁵³ FYSCHINGER, José Francisco de. **As ciências criminais em debate**. Organizado por: Renata Almeida Costa; Luiz Fernando Pereira Neto. Passo Fundo: Ed. Universidade de Passo Fundo, 2007. p.171-174.

⁵⁴ LOPES JUNIOR., Aury. **Direito processual penal**. 11ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 81.

⁵⁵ DIVAN, Gabriel Antinolfi. **Processo penal e política criminal: uma reconfiguração da justa causa para a ação penal**. Porto Alegre, RS: Elegancia Juris, 2015. p.150-152.

judiciário, em que o Juiz ainda interfere de sobremaneira no direcionamento que pretende seja levada a inquirição ou interrogatório, com a conivente – e muitas vezes silenciosa – participação do agente ministerial⁵⁶.

O Código de Processo Penal brasileiro ainda é autoritário e inquisitório. Orienta-se na busca da verdade real, missão sobremaneira confiada aos magistrados⁵⁷.

Essencial aqui lembrar que no sistema acusatório, não basta que existam pessoas diversas no exercício da magistratura ou promotoria se, na prática, o juiz usurpar funções do Ministério Público, iniciando processos de ofício, participando da produção de prova ou se decretar prisões cautelares sem provocação. O mesmo acontece se houver entre ambos uma relação (ainda que inconsciente). Relação que resulta na união psíquica de atuação, na inexistência do exercício da defesa e do contraditório, e em atos investigatórios que buscam por uma condenação. Deve-se oportunizar possibilidade de atuação efetiva das partes (acusação e defesa) para o contraditório, para o fim de convencer um julgador que seja imparcial⁵⁸.

Um sistema processual penal em que vige o ativismo judicial, no qual o juiz age produzindo provas, decretando prisões cautelares de ofício, além de condenar sem respectivo pedido neste sentido, tem no magistrado uma figura nada imparcial, o que afronta o princípio de igualdade e de oportunidade, sendo, portanto, antidemocrático, num claro “desamor ao contraditório”, em que a sentença decorre de um ato de poder do juiz, senhor da “relação jurídica”⁵⁹.

⁵⁶ SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. **Mentalidade inquisitória- e processo penal no Brasil. Anais do Congresso Internacional “Diálogos sobre -processo penal entre Brasil e Itália.** Vol. 1. Empório do direito. Florianópolis/SC, 2016. p. 67.

⁵⁷ Ibid., p. 69.

⁵⁸ VASCONCELLOS. Vinicius Gomes de. **Direito penal e política criminal.** Organização: Fabio Roberto D’Avila; Daniel Leonhardt dos Santos. Dados eletrônicos. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2015. p. 759-760.

⁵⁹ LOPES JÚNIOR. Aury. **Direito processual penal.** 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 81.

Nesta trilha, segue aqui um discurso crítico contra o ativismo judicial, em que se salientam os atos que devem ser vetados ao juiz, com os quais, advogados em especial, deparam-se diuturnamente nos tribunais:

A crítica fica por conta do equívoco de pensar estar legitimado o ativismo do juiz no curso do processo e na fase de investigação. O atuar de ofício por parte do juiz deve estar vedado em qualquer fase da persecução criminal. O problema está no ativismo e não na fase em que ele é adotado. Como já explicamos à exaustão, não é papel do juiz, à luz do sistema acusatório constitucional, do princípio da inércia da jurisdição e dos postulados de imparcialidade, sair decretando prisões ou medidas cautelares de ofício. Sim, porque o dispositivo em tela permite é, inclusive, que o juiz decrete uma prisão preventiva de ofício, sem prévio pedido, e isso é absolutamente incompatível com os princípios anteriormente referidos⁶⁰.

A racionalidade é indispensável por conta das exigências da ética na prática efetiva da vida política democrática, onde hajam decisões democráticas, com espaço de discussões convictas, com opiniões que sejam firmes, que se construam, se formem e se expressem, não restando tão somente como intransigências desprovidas de vontade de elevar de forma incondicional alguma pretensão⁶¹.

Nesta visão e na busca do democrático, importante conhecer o que se busca com o processo penal. Espera-se neste estudo contribuir com esta missão.

1.2 Crítica à apuração da verdade como justificativa e atividade judicial

Em que pese grande parte da doutrina brasileira insista no fato de se ter processo penal ordenado pelo princípio da verdade material, Coutinho considera que passa despercebido que este modo de pensar (em verdade) legitima o sistema inquisitório com toda a barbárie que lhe é implícito à razão

⁶⁰ LOPES JÚNIOR. Aury. **Direito processual penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 37.

⁶¹ MARTY, Mireille Delmas. **A imprecisão do direito do Código Penal aos direitos humanos**. 1941. Barueri, São Paulo: Manoele, 2005. p. 285.

de que assim se “[...] tem o processo como meio capaz de dar conta “da verdade”; e não de “uma verdade”, não poucas vezes completamente diferente daquela que ali estar-se-ia a buscar”⁶².

Neste sentido, o presente trabalho pretende conduzir o leitor à análise sobre o pensamento de busca da verdade real (admitindo-se ou não a existência de uma) e do entorno desta verdade.

Impossível adentrar-se na temática da verdade real sem tecer as considerações a ela dispensadas por Coutinho. O autor, ao manifestar-se sobre a verdade levada ao processo, menciona:

O meio, sabe-se bem, de fazer – ou se tentar fazer - com que aporte no processo é a prova. Eis por que se diz que a prova é o meio que constitui a convicção do juiz sobre o caso concreto ou, também e no mesmo sentido, conjunto de elementos que formam a convicção do juiz, em que pese saberem todos, não ser só ela a verdadeira formadora do juízo⁶³.

Da prova é que se busca a verdade que é inapreensível pelo homem. O que é perceptível são algumas de suas faces, e a verdade tem mais de uma face. Para Coutinho, “[...] aquelas da sombra, que não aparecem, fazem parte - ou são integrantes - do todo, mas não são percebidas porque não refletem no espelho da percepção”⁶⁴.

É possível dizer que a apuração da verdade é a máxima utilizada quando da persecução penal, ainda que nem sempre esteja literalmente garantida pelo sistema.

O intuito de referida busca (busca inócua) é a paz social e a resolução de conflitos. Porém, esta busca incessante tem um preço, que não pode ser, de forma inexorável, a dignidade humana e todos os demais direitos

⁶² COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Introdução aos princípios do Direito Processual Penal brasileiro**. In: Separata ITEC, ano 1, nº 4 – jan/fev/mar, 2000. p. 43-44.

⁶³ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Introdução aos princípios do Direito Processual Penal brasileiro**. In: Separata ITEC, ano 1, nº 4 – jan/fev/mar, 2000. p. 36.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 38-39.

fundamentais do indivíduo. Conceituando a verdade, Machado Segundo elucida:

A verdade do senso comum é uma construção escalonada no tempo e um objeto cultural. É o conhecimento agregado da comunidade. É o que pragmaticamente o indivíduo vê, sente, todo mundo diz ser e, portanto, é. A verdade do senso comum não precisa ser discutida até as últimas consequências, nem é dita com base em experimentos irrefutáveis. É o simples, é o que é ou o que foi culturalmente construído. A verdade do senso comum tem ligação com o código de linguagem de uma comunidade, com a capacidade de entender e fazer-se entender em um contexto⁶⁵.

Em relação à verdade real, tão intensamente buscada no processo penal, Geraldo Prado explica que ela não existe, não como expressão absoluta dos fatos envolvidos no feito processual penal. É inatingível, sendo possível somente uma verdade relativa por conta dos conhecimentos empreendidos e experiência, que o autor entende que seja, na realidade, uma resposta diretamente proporcional ao que a parte pretende explicar e evidenciar em juízo⁶⁶.

Reiterando este pensamento e referindo a verdade como algo impossível de ser descoberto, Casara salienta estar ela engendrada no todo, não podendo ser retida:

A verdade, em seu sentido grego, é uma só e encontra-se no plano ideal, no plano das ideias. Com Francesco Carnelutti, a partir de Heidegger, pode-se afirmar que a verdade está no todo e este não é apreensível por nós humanos, demasiadamente humanos. A coisa, a matéria, o material sempre nos é apresentado muito incompleto. A verdade sobre uma coisa ou alguém, a única que existe, só poderia ser conhecida se nos fosse possível conhecer todas as outras coisas, ou seja, tudo aquilo que não é a coisa que figura como nosso objeto de conhecimento⁶⁷.

⁶⁵ MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. Coordenador: Larissa do Amaral Maciel. **Epistemologia jurídica**. São Paulo: Atlas, 2015.p. 134.

⁶⁶ PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório. A conformidade constitucional das leis processuais penais**. 3ª. ed. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2005. p. 73-74.

⁶⁷ CASARA, Rubens R R; Melchior, Antonio Pedro. **Teoria do processo penal brasileiro: dogmática e crítica vol. I: conceitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 473.

Talvez a particularidade da verdade decorra da tradição cristã, que com a racionalização, desenvolvida por em razão da ciência, deixa de ser parâmetro para a busca da verdade. Assim, a ciência é quem detém o benefício de ser presumidamente excelência no conhecimento, com experiências e justificações, em que várias são as direções na busca de verdades objetivas e absolutas⁶⁸.

De se observar que o absolutismo pretendido na busca da verdade quando da lógica inquisitorial, figurava a intolerância, e tudo o que restava fora deste sistema precisava ser combatido, o que tornava legítimo qualquer crueldade ou tortura utilizadas⁶⁹.

Acredita-se que neste momento seja importante colacionar o mencionado por Khaled Jr. (2013), eis que traz a busca da verdade real de forma desenfreada, como um óbice à normal incidência do sistema acusatório:

Em outras palavras, é um sistema fundado justamente a partir do famigerado princípio da verdade real, que é por definição contrário a tudo que representa o sistema acusatório e para além dele, do que deve representar o processo democrático. Portanto, assumimos aqui a posição de Lopes Jr., que, na esteira de Coutinho, não embarca no que chama de maquiagem conceitual, afirmando que o sistema brasileiro [como qualquer outro que tenha essas características] é (neo)inquisitório e, logo, antidemocrático por excelência⁷⁰.

Essa busca, entendendo o acusado como objeto de prova (cooperador ou colaborador) é tendência forte, somada, é claro, a uma concepção prévia de culpabilidade do acusado, em que ele é a pessoa que mais sabe sobre os fatos⁷¹.

Ora, o processo penal pugna pela busca da verdade, verdade esta que, se pretendida de forma absoluta, é algo inatingível. O que ocorre então no

⁶⁸ MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. Coordenador: Larissa do Amaral Maciel. **Epistemologia jurídica**. São Paulo: Atlas, 2015. p. 134 -135.

⁶⁹ LOPES JUNIOR., Aury. **Direito processual penal**. 11ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 68.

⁷⁰ KHALED JR., Salah H. **A busca da verdade no processo penal para além da ambição inquisitorial**. São Paulo: Editora Atlas, 2013. p.156.

⁷¹ QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo: (o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal)**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 42.

processo é a existência de laços entre os conceitos de verdade, certeza e convencimento, numa relação bem íntima. A certeza sobre algo é a consciência de uma verdade, há um convencimento intelectual, uma representação da verdade. Convencer-se e ter certeza é estar convicto de que se atingiu a verdade, que sempre é relativa⁷².

Trazendo a conveniência deste modo de se ter a verdade com relação ao processo, numa causalidade imposta por valores culturais, sociais e por conta de costumes, Augusto Thompson esclarece que muitas pessoas creem, sem vacilar, sem sequer questionar, em certas “crenças jurídicas” que estão “inculcadas de maneira enfática pela ideologia” citando, dentre elas a crença “[...] 4. Que o julgador é, axiologicamente, neutro enquanto decide, portanto não há arbítrio na aplicação da Justiça. 5. Que o julgador, no direito penal, busca a verdade real e não o preferível do ponto de vista valorativo⁷³.”

Com o propósito de entender essa busca desenfreada pela verdade como um desejo de satisfação do homem, Salo de Carvalho se posiciona no seguinte sentido:

A vontade de verdade (vontade de sistema), eleita como fim último da própria atividade, revela a incapacidade de diálogo; a incapacidade de escuta das angústias das partes envolvidas nos conflitos – “por isso Lessing – explicará Nietzsche –, o mais honrado dos homens teóricos, atreveu-se a declarar que lhe importava mais a busca da verdade do que a verdade mesma: com o que ficou descoberto o segredo fundamental da ciência, para espanto, sim, para desgosto dos cientistas”⁷⁴.

O homem teórico, que Salo de Carvalho menciona estar inebriado na busca da verdade, acredita que o saber científico consegue separar essência e aparência na busca da verdade, o que lhe impede de perceber limites e riscos da técnica. Mas existem inúmeras formas de se interpretar,

⁷² QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo: (o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal)**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 28-30.

⁷³ THOMPSON, Augusto. **Quem são os Criminosos? O Crime e o Criminoso: Entes Políticos**. 2. ed. EDITORA LUMEN JURIS. Rio de Janeiro, 2007. p. 45-46.

⁷⁴ CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015, p.131.

assim como fenômenos na realidade, em que instrumentos criados pela razão – entre eles o processo penal – se dissolvem no ideal científico, donde o domínio da ciência determina seus limites. Não perceber estes limites na ciência criminal ocasiona interferência inapta, o que cria danos para a humanidade, em que somente os cientistas criminais estão satisfeitos com a técnica que desenvolveram⁷⁵.

Na cultura penal brasileira, trabalha-se muito na questão da culpa, não restando muitas elucidações quanto à formação da sentença e a negociação, sendo pouca a investigação no que concerne aos resultados mais corretos (que deveria ser o objetivo pretendido) do processo penal, ignorando-se fatores pessoais, éticos e sociais que são essenciais⁷⁶.

Tavares, tendo mencionado Habermas, cita que o critério de verdade não pode ser o decorrente de uma constatação empírica, tampouco de uma formulação racional, mas sim no consenso que resida no melhor argumento, que segundo ele, resulta do próprio discurso, desconsiderando dados externos como a lógica das proposições ali colocadas ou as evidenciadas pela experiência⁷⁷.

De se alertar que a verdade comporta o conhecido assim como o que é desconhecido. Talvez decorra daí a impossibilidade de se ter a (re)produção de uma verdade exata. Neste sentido Zimerman:

Em relação à relatividade da verdade cabe dizer que comumente ela é distorcida através de racionalizações e de fantasias; vem amparada por idealizações; camuflada por ideologias (especialmente as de cunho fundamentalista); apoiada por uma mitologia particular ou de sua comunidade de convívio; profundamente arraigada, com valores que se transmitem de geração a geração e, muito especialmente, ela vem negada daquelas memórias (não as explícitas, mas, sim, as implícitas) que são marcas de antigos traumas (palavra grega que

⁷⁵ CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 130.

⁷⁶ BERTASO, João Martins; Gaglietti, Mauro José. **Diálogo e entendimento: direito e multiculturalismo & cidadania e novas formas**. Vol. 3. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2011. p. 5.

⁷⁷ TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. 2ª. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 72.

significa “feridas”), que continuam impressos na mente do homem e teimam em reaparecer sob a forma de uma compulsão à repetição⁷⁸.

Portanto, a verdade esperada, pode ser decorrente de uma lógica, de um presumir, de uma experiência, ou seja, do melhor argumento. O fato é que a produção da verdade processual comporta também presunções que são avaliações que compõem a “bagagem cultural” do avaliador da suposta e proposta verdade.

No que concerne às presunções, Martins lembra que no fato de se presumir reside o agir de uma lógica de estatísticas e coerências, dentro do que se privilegia como possível e admissível. Isto em termos jurídicos implica em reconhecer a temeridade da mencionada imparcialidade dos juízes:

A verdadeira dimensão deste ponto percebe-se melhor quando colocada no contexto concreto do mundo jurídico: “Ao tipo de prova que se pesquisa corresponde um prognóstico, mais ou menos seguro, da real existência do thema probandum e, sem dúvida, também das consequências jurídicas que podem advir da posituação da questão fáctica”. Eis por que razão “a ordem das coisas colocadas no processo permite, pragmaticamente, constatarmos que a ação voltada à introdução do material probatório é precedida da consideração psicológica pertinente aos rumos que o citado material, se efetivamente incorporado ao feito, possa determinar”. Em suma, “quem procura sabe ao certo o que pretende encontrar e isso, em termos de processo penal condenatório, representa uma inclinação ou tendência perigosamente comprometedora da imparcialidade do julgador”. Até porque, nesta perspectiva, a presunção mobiliza, sem o assumir, um ponto de vista e uma carga ideológica que são precisamente o que ela tem por adquirido não dever desvelar ou sequer admitir a respectiva presença⁷⁹.

Da verdade, Coutinho menciona o fato de ter o juiz, no acusado, a sua maior possibilidade de aferi-la, o que leva a crer que a confissão deve ser tida como a prova inequívoca e que o problema se reduz unicamente a como extraí-la do acusado⁸⁰.

⁷⁸ ZIMERMAN, David E. **Os quatro vínculos: amor, ódio, conhecimento, reconhecimento na psicanálise e em nossas vidas**. Dados eletrônicos. Porto Alegre: Artmed, 2010. p. 178.

⁷⁹ MARTINS, Rui Cunha. **O ponto cego do direito: the Brazilian lessons**. 3ª. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 07-08.

⁸⁰ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Crítica à teoria geral do direito processual penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 24-26.

Assim, importante ter presente a estreita ligação entre confissão e verdade. O que buscar e como buscar, o que é verdade. O que deve ser aceito como verdade e o que reflete a suposta verdade.

Verifica-se que no processo penal, o discurso da busca da verdade tem íntima ligação com os poderes instrutórios do juiz, que objetiva alcançar a verdade o mais próximo da realidade, em uma relação com o princípio da livre investigação das provas, em que deve o juiz, dentro dos limites da legalidade e da ética, diligenciar no sentido de atingir o grau maior de probabilidade, em uma proximidade com a realidade. Ter o processo penal como um procedimento voltado à apuração da verdade material pode implicar em condutas arbitrárias, vez que por conta desta visão, buscar a verdade é o valor maior do processo, e se justificaria, inclusive, a violação de direitos, entre eles, o de não se autoincriminar⁸¹.

Na elucidação do que se busca menciona Coutinho:

[...] Assim, é preciso admitir que no processo penal jamais se vai apreender a verdade como um todo - porque ela é inalcançável - e, portanto, como se viu, o que se pode - e deve - buscar nos julgamentos é um juízo de certeza, pautado nos princípios e regras que asseguram o Estado Democrático de Direito.⁸²

No entanto, em sentido diverso, Ada Pellegrini Grinover tem que seja desnecessário buscar a distinção entre "verdade real" e "verdade formal", entendendo que a verdade real refere-se ao processo penal e a formal esta afeta ao processo civil. Compreende a autora que o conceito de verdade não é absoluto, mas que o magistrado ao buscar a verdade processual, somente alcança o que de mais próximo existir e estiver da certeza, uma verdade que

⁸¹ QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo: (o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal)**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 37- 42.

⁸² COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Introdução aos princípios do Direito Processual Penal brasileiro**. In: Separata ITEC, ano 1, nº 4 – jan/fev/mar, 2000. p. 43-44.

não pode ficar adstrita à influência única das partes (autor e réu), devendo, justamente por conta deste motivo, ser o juiz dotado de iniciativa instrutória⁸³.

Saliente-se que juízes não deveriam ser e não são legisladores delegados, sendo que quando vão além das decisões políticas já tomadas não estão legislando. Há uma distinção entre argumentos de princípios e argumentos de política. Estes justificam a decisão política que defende um objetivo de um coletivo. Já aqueles fundamentam a decisão política, no respeito ao direito de um grupo ou de um só indivíduo⁸⁴.

Porém Ross, manifestando pela criação na atividade do intérprete judicial (o juiz), deixa claro que, ao interpretar, o magistrado não aplica unicamente a lógica.

A autoridade que administra o direito, em particular o juiz, se sente obrigada pelas palavras da lei e as outras fontes do direito. Todavia, estas sempre deixam espaço para a interpretação, e a norma jurídica concreta na qual se traduz a decisão, é sempre criação no sentido de que não é uma mera derivação lógica de regras dadas⁸⁵.

Este entendimento pede especial atenção. Veja-se que para Grinover o juiz, cujo julgamento de determinado feito lhe é atribuído, decide se as provas são suficientes para sua tomada de decisão. Se não o entender suficiente, deve o magistrado buscar a verdade, sem que isso represente o fim último do processo, asseverando, no entanto, que o juiz deve diligenciar por conta de buscar o maior grau de probabilidades, eis que a autora considera que o agir do magistrado voltado à iniciativa da instrução é caminho que o aproxima da certeza⁸⁶.

⁸³ GRINOVER, Ada Pellegrini. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório**. Revista Brasileira de Ciências. Doutrinas essenciais processo penal. vol. 4, 2012. p. 33.

⁸⁴ DWORKIN, Ronal. **Levando os direitos a sério**. Tradução e notas: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 129.

⁸⁵ ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. Tradução: Edson Bini. Bauru, São Paulo: EDIPRO, 2000. p. 380.

⁸⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Doutrinas essenciais processo penal. vol, 4 .2012. p. 30.

Entende ainda ser necessário um juiz que não se mantenha inerte no processo, que tenha na paz social sua função, que o julgador não pode ser um mero espectador e se restringir a ficar olhando as partes que litigam, porque o magistrado deve fazer de um tudo para atingir o fim do processo, conservando a integridade do ordenamento jurídico⁸⁷.

Porém, de se ter presente que quando se pretende um sistema processual democrático, as garantias fundamentais devem se fazer presentes, devem interagir entre si. Fortalece o contraditório a existência de um julgador que não esteja envolvido com a prova, um juiz imparcial, que não participe quando da discussão sobre a prova a ser produzida, que sirva somente como um garantidor de que o processo seja respeitado de acordo com as normas⁸⁸.

Mas essa garantia cerca outros institutos, como será observado neste trabalho. Neste diapasão, vale ficar alerta quanto ao instituto da delação premiada, atinando-se à verdade constante de seu discurso confessional, especialmente quando tido como “rainha das provas”, objeto de estudo em capítulo posterior.

Lembrando essa pessoa do colaborador e sua especial qualidade de vulnerável diante da prova que leva ao processo, Eduardo Araujo da Silva, contrariando o entendido por Grinover, também ressalta a necessidade de atuação de um juiz distinto na fase processual, especificamente em função da avaliação da espontaneidade do relatado, a fim de garantir idoneidade quando da valoração judicial do conteúdo⁸⁹.

A atividade jurisdicional se torna legítima quando os juízes exercem o ofício voltado para a busca da verdade substancial, que deve ser demonstrada em suas sentenças, com atuação independente, representando o Estado e sob a égide da lei constitucional. Ao exercer uma atividade decisora,

⁸⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Doutrinas essenciais processo penal. vol, 4 .2012. p. 29.

⁸⁸ CASARA, Rubens R. R; Melchior, Antonio Pedro. **Teoria do processo penal brasileiro: dogmática e crítica vol. I: conceitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 72.

⁸⁹ SILVA, Eduardo Araujo da. **Crime organizado: procedimento probatório**. 2ª. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 71.

considerando sua credibilidade social, exercendo seu poder de acordo com sua vontade, não tem sua atuação legitimada, ainda que eficiente⁹⁰.

Franco Cordero menciona que o processo acusatório é resultado da disputa entre as partes, em que o acusado/indiciado, ainda que impotente, desempenha sua defesa de acordo com suas possibilidades, pois lhe é assegurado este espaço, considerado pelo autor como um espaço somente “psíquico”. O processo busca uma resolução para nossas pretensões, em que o Estado pode repreender. Porém, aplicar o modelo de processo inquisitorial é aceitar a ideia de se ter um processo sem alguém que o provoque, sem estar voltado para a repressão estatal⁹¹.

A estrutura de um processo penal democrático deve observar o modelo dialético. As partes devem participar, ficando reservado ao juiz o julgamento, mas sem ter a iniciativa da persecução penal. Deve ser uma relação angular ou triangular, de forma que torna certas as bases do sistema acusatório⁹².

Em uma crítica ao olhar social, observando também a conceituação de buscar a verdade real no direito penal, Thompson ressalta sua inconformidade, com o que para ele é uma clara contradição com a realidade, no que denomina como “crenças judiciais” e, entre estas, o fato de acreditar na existência de um sistema jurídico coerente e exato, com um legislador racional,

⁹⁰ PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório. A conformidade constitucional das leis processuais penais**. 3ª. ed. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2005. p. 73.

⁹¹ Nel rituale accusatorio il processo è avventura agonistica: l'imputato vi gioca le sue chances; anche quando sai inerme (ad esempio, nella custodia cautelare, largamente ammessa in Francia), gli viene garantito lo spazio psichico [...] única domanda ammissibile come mai sai finito lì (- por quoi il fu pris-); giuridicamente Irrelevante ogni dichiarazione non spontanea; - tout ce qui est fet contre li est de nule valeur, cari l peut tout rapeler quanti l est hors de prison. Los tile inquisitório rovescia le prospettive: il processo diventa alfare terapêutico; la pena è una medicina; voglia o no, bisogna che l'imputato cooperi; essendo offesi dei supremi interesse dal peccato-delitto, salta ogni limite garantistico, perché gli individui spariscono davanti a numina quali Chiesa, Stato, Partito e simili. Quest'assioma spiega l'intera macchina. L'aspetto più visibile sta nel fatto che lavori senza una domanda, ma, in fondo, è dato secondario; ala logica inquisitoria non ripugnando le azione obbligatoriamente esercitate da organi inntensi ala repressione; anzi, il lavoro diviso giova all'automatismo persecutorio e quanto renda, lo vediamo in Francia, dove le Ministère public appare fin dal tardo XIII secolo. È flaso che metodo inquisitório equivalga a processo senza attore . CORDERO, Franco. **Guida alla procedura penale**. Torino: Utet, 1986. p. 47.

⁹² PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório. A conformidade constitucional das leis processuais penais**. 3. ed. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2005. p. 71.

e um julgador neutro à busca da verdade real, que não se utilize de valorações próprias⁹³.

Todavia, Grinover entende de forma diversa, que segue:

O papel ativo do juiz na produção da prova não afeta de modo algum a liberdade das partes. Têm elas a plena disponibilidade do direito material, podendo, por exemplo, renunciar, transigir, desistir. Mas a solução processual está nas mãos do juiz, que não pode por isso ser obrigado a satisfazer-se com a atividade das partes, mesmo no processo civil dispositivo⁹⁴.

Já Coutinho menciona ser inadmissível ter o juiz como um semideus. Inexiste imparcialidade, neutralidade ou perfeição no juiz, que por ser um homem normal, é sujeito da sua história e da história social, o que é inerente à condição humana. E não compreendê-lo assim, somente à frente da certa manutenção do '*status quo*' e do 'equilíbrio' pretendido pelo Estado, é retrolimentar "[...] o sistema processual penal em vigor" ⁹⁵.

A virtude da justiça de uma pessoa reside no seu agir, no seu portar, enfim, na conduta que tem para com os outros, em sociedade. Estando de acordo com as normas, constitui a justiça. A norma de justiça é uma norma moral, mas o contrário nem sempre é verdadeiro⁹⁶.

Inegável que na base da decisão proferida, em cada sentença ou acórdão, seja simples ou complexo, há um universo de conhecimentos, imperativos para tornar a decisão apropriada e possível. Mais justa será a sentença se maior for o conhecimento do juiz, árbitro ou advogado. Mas esse conhecimento não deve ser só jurídico, exigindo-se do operador jurídico amplos conhecimentos da ciência jurídica e ciências auxiliares, como Filosofia,

⁹³ THOMPSON, Augusto. **Quem são os Criminosos? O crime e o criminoso: entes políticos**. 2ª. ed. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2007. p. 45-46.

⁹⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. Doutrinas essenciais processo penal. vol. 4, 2012. p. 33.

⁹⁵ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Crítica à teoria geral do direito processual penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 15.

⁹⁶ KELSEN, Hans. **A justiça e o direito natural**. Tradução: João Batista Machado. Livraria Almedina, Coimbra, 2001. p. 41.

Psicologia, História, Sociologia, Ética e Política entre tantas outras, o que deve estar aliado à sensibilidade que o possibilite perceber os anseios das partes, suas mazelas e virtudes⁹⁷.

Aplicar o direito da sentença exige sapiência sobre o direito. Mas o grande problema do homem é ele mesmo. Assim, conhecer a pessoa humana, buscar sempre sua dignidade é regra de ouro que deve ser observada por todo julgador. Só pode e deve ser aplicador do Direito quem se disponha a conhecer a sociedade, com virtudes e defeitos⁹⁸.

Assim, na busca de uma compreensão e aceitação do juiz não como um robô, deve-se lhe deferir credibilidade. Quando o foco é a atividade do magistrado, Coutinho acrescenta ainda que precisamos ter presente que é pessoa comum “[...] que formula seus juízos influenciados pela emoção, pela paixão, pela ansiedade, pelas vicissitudes da vida, entre tantas outras e, como tal, como qualquer mortal, também pode errar, embora, de regra, conscientemente não o deseje”⁹⁹.

O juiz não é e não pode ser tido como um sujeito passivo, afinal é como todas as pessoas, um construtor de realidades e não se limita simplesmente a aplicar as normas.

Por certo que busca reconstruir a verdade, mas ao mesmo tempo precisa interpretar as regras, adequando sua decisão. Assim não tem como ser ele neutro. Fica então claro que o direito repete uma ideologia, tutela alguns interesses (por questões meramente ideológicas e alienantes) como a igualdade, o bem comum e a democracia, somente para ocultar os conflitos que permeiam a sociedade¹⁰⁰.

⁹⁷ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Introdução ao estudo do direito: primeiras linhas**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Atlas, 2016. p.175.

⁹⁸ Ibid., p. 174-175.

⁹⁹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A lide e o conteúdo do processo penal**. Curitiba. Juruá, 1989. p. 137.

¹⁰⁰ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Crítica à teoria geral do direito processual penal. O papel do novo juiz no Processo Penal**. Renovar. Rio de Janeiro. São Paulo, 2001. p. 46.

Essa fragilidade da compreensão de atos de governo, entre eles atos do juiz, talvez seja decorrente da decepção humana. Questionando ser e ter a norma, criada pelo homem, o objetivo de paz social, mas que acaba não representando ou suprimindo os nossos anseios, Bauman (1925) menciona surgir nos indivíduos a ideia de que na verdade o que temos é um inimigo voltado contra nós:

Por isso, se a “proteção de fato disponível” e as vantagens que desfrutamos não estão totalmente à altura de nossas expectativas; se nossas relações ainda não são aquelas que gostaríamos de desenvolver; se as regras não são exatamente como deveriam e, a nosso ver, poderiam ser; tendemos a imaginar maquinações hostis, complôs, conspirações de um inimigo que se encontra em nossa porta ou embaixo de nossa cama. Em suma, deve haver um culpado, um crime ou uma intenção criminosas¹⁰¹.

Todavia, a pretensão de ter o controle da jurisdição não admitindo a subjetividade é uma fantasia, e que, caso seja admitida, resta abarcada pelo livre convencimento, em que a vontade da lei (que se acredita existir) flui pelo juiz, como se a pessoa que exerce esse ofício esteja ali simplesmente para manifestar uma vontade que não é sua - porque a sua vontade não importa, ao menos não deveria - com o objetivo de manter, o “positivismo nauseante”, em conformidade com regimes autoritários, para legitimar o *status quo*. Ignora-se que a presença do ser humano é essencial, com a admissão para o jurista da criação do direito e atenção à interdisciplinaridade¹⁰².

Alf Ross, transpondo o pensamento para a consciência do social, tem que no objetivo jurídico reside de forma inequívoca o dever de obedecer ao regimento, já que a vida em comunidade implica nesta compreensão, sendo diferente do que se tem no senso moral cuja relação é entre humanos¹⁰³.

Adentrando na seara da prova, deve-se ter presente que, no contraditório, as partes são as detentoras da palavra, sendo reservado ao juiz a

¹⁰¹ BAUMAN, Zygmunt, 1925. **Confiança e medo na cidade**. Tradução: Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Jorge Zahar. ed. 2009. p. 2.

¹⁰² COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **A lide e o conteúdo do processo penal**. Curitiba. Juruá, 1989. p. 136.

¹⁰³ ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. Tradução: Edson Bini. Bauru. São Paulo: EDIPRO, 2000. p. 421.

palavra final sobre manutenção ou não de liberdade do acusado, ou seja, quando deve proferir a decisão. Este é, pois, um ato exclusivo do juiz que decorre do exercício de poder, por isso, extremamente necessário garantias sobre o seu atuar¹⁰⁴.

Ao discorrer sobre a prova, Cunha Martins refere que tudo que é evidente por certo dispensa ser provado, o que considera então um “desamor ao contraditório”, eis que a prova consubstanciada à evidência deveria estar limitada para conter arbitrariedades quando da valoração daquela e quando da busca da verdade. A evidência é uma convicção que consta arraigada de crenças e a prova, por conta de não ser regular ou de aplicação ostensiva, tende à evidência. O intuir sobre o que a prova pretende, sem voltar-se para as evidências (risco que sempre se corre) só é possível ao se observar de forma atenta os modos de coleta, promoção e feitura da prova, que pode ser o efetivo filtro das provas¹⁰⁵.

Parte-se então da ideia de que a decisão judicial não pode ser arbitrária, devendo restar condicionada a certas técnicas que defendam contra o decisionismo, e que não iluda o operador jurídico com relação à busca da verdade real. Isso ocorrerá somente quando se assegurar os direitos e garantias fundamentais, onde haja participação de acusação e defesa, com teses e provas. A verdade será aquela constatada no conjunto da obra, de modo que seja possivelmente controlada pelos envolvidos na relação posta judicialmente, que somente acontece diante das garantias do juízo contraditório, oral e público, ou seja, no sistema acusatório¹⁰⁶.

Devem ser superados os prejuízos causados por conta de atuações de magistrados que colocam a ordem Constitucional em plano secundário, já

¹⁰⁴ CASARA, Rubens R. R.; Melchior, Antonio Pedro. **Teoria do processo penal brasileiro: dogmática e crítica vol. I: conceitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 74.

¹⁰⁵ MARTINS, Rui Cunha. **O ponto cego do direito: the Brazilian lessons**. 3ª. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 02.

¹⁰⁶ PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório. A conformidade constitucional das leis processuais penais**. 3ª. ed. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2005. p. 74.

que é a Constituição que impõe limites às atividades judiciais, limitando seus sentidos ao dizer o direito na obtenção de respostas acertadas ao caso¹⁰⁷.

Não é preciso - e nem pode – aceitar-se calado decisões arbitrárias, emitidas por juízes autoritários, muito pelo contrário. Há que se coibir este tipo de julgamentos, impondo limites para o exercício da magistratura:

A legitimidade da atividade jurisdicional está condicionada ao emprego de técnicas que imunizem o processo do decisionismo judicial (em outras palavras, da decisão arbitrária) e não iludam quanto à conquista de uma *verdade real*, o que só ocorrerá na medida em que sejam assegurados os direitos e garantias fundamentais, permitindo que acusação e defesa demonstrem a correspondência entre as teses esposadas e as provas produzidas, com a redução do subjetivismo inerente a todo julgamento. Desta forma, será legítima a atividade jurisdicional penal, porque terá sido possível conferir à sentença a qualidade de haver apreendido o tipo de verdade que pode ser constatada de modo mais ou menos controlável por todos, mas isso só acontecerá se forem satisfeitas as garantias do juízo contraditório, oral e público, isto é, na vigência do sistema acusatório. A legitimidade do exercício do poder, cujo berço é a soberania popular, é a fonte da democracia¹⁰⁸.

Porém, por conta da divisão social, do pouco conhecimento e da difícil capacidade de ter-se o juiz inserido no mundo dos acusados, cria-se uma situação desfavorável para estas pessoas, cujas classes se estratificam como população inferior. Isso ocorre não só por conta do preconceito ou da criação de estereótipos, mas também por uma diversidade de teorias aplicadas diariamente pelos juízes, quando buscam reconstruir a verdade judicial. A diferença das classes sociais criam juízos diversificados por conta da posição social dos acusados¹⁰⁹.

De acordo com Coutinho, o magistrado ciente da sua condição humana, bem como das “peripécias” do processo penal, dada a estrutura

¹⁰⁷ MELEU, Marcelino da Silva. **O papel dos juízes frente aos desafios do estado democrático de direito**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013. p. 92.

¹⁰⁸ PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório. A conformidade constitucional das leis processuais penais**. 3ª. ed. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2005. p. 74.

¹⁰⁹ BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. Tradução: Juarez Cirino dos Santos. 3ª. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002. p. 177.

investigatória que se faz necessária, deve encontrar-se no próprio questionamento.

O novo juiz, *ciente das armadilhas que a estrutura inquisitória* lhe impõe, mormente no processo penal, não pode estar *alheio à realidade*; precisa dar uma “chance” (questionando pelo seu *desejo*) a si próprio, tentando realizar-se; e a partir daí aos réus, no julgamento dos casos penais. Acordar para tal visão é encontrar-se com seu novo papel¹¹⁰.

A busca e a possibilidade de aferir o que realmente aconteceu, que é elementar para o deslinde do feito, figura como modo de garantir excelência na resolução de conflitos. Ainda que essa pretensão culmine em tentativas frustradas – visto a impossibilidade de ter-se a verdade real – não há como conceber um processo penal que se isente de tal tarefa, missão confiada à prova, que encontra limites à vista de garantias constitucionais.

Justamente por conta destas garantias que se deve ter presente a observação de alguns princípios, em especial quando se discute a confissão obtida diante de um cárcere prematuro.

Neste sentido, justamente por não se entender a prisão preventiva com o fito de prevenir tão somente, especialmente quando frente de uma pretensa delação e o prender se volta para esse fim, neste trabalho se tratará da mesma como um cárcere prematuro, nomeando-a assim porque sobre este enfoque, assim que é compreendida.

Dada importância da confissão e das garantias processuais, convida-se à leitura do próximo subtítulo, observando algumas especificidades especialmente com relação com a prova.

Haja vista a seriedade do instituto da delação premiada, seu uso especialmente acentuado na atualidade, de se contemplar os meios e modos de se observar e assegurar direitos fundamentais.

¹¹⁰ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Crítica à teoria geral do direito processual penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 49.

1.3 A autoincriminação como meio de prova, observando o direito ao silêncio, a presunção de inocência e a dignidade humana.

Consoante o todo já discorrido, é inegável a vertiginosa busca da verdade real para corroborar uma decisão. Se esta “verdade” restar obtida por conta da confissão, a influência dela é determinante ao deslinde do feito. Assim, discorrer sobre a prova e as garantias processuais se mostra deveras adequado.

A prova, a convicção e o processo são modos de limitar o que Rui Cunha Martins chama de “pulsão devoradora da evidência”. A verdade da evidência não resta acolhida pelo processo, já a verdade da prova sim, porque remete para formas exteriores de avaliação. A evidência tem sua própria verdade, cabendo então para a prova a função de extrair a verdade do que se tem como evidência¹¹¹.

Buscar a verdade no processo não pode significar abandono do direito ao silêncio, tampouco ignorar as alcançadas garantias processuais.

Deve-se ter em mente, no entanto, que para muitos atores do processo, incide sobre o acusado a “temporariedade” de ser ele culpado, e somente ao final do processo poder-se-á definir se o acusado é realmente agente infrator, confirmando-se ou não esse modo de pensar. Ou seja, enquanto acusado ou indiciado, brota sobre ele a suspeita de uma culpabilidade, ainda que o direito ao silêncio se mostre um respeito à dignidade da pessoa humana¹¹².

Conforme leciona Lopes Junior, há uma diferença substancial entre se atribuir uma culpabilidade, ainda que de modo “temporário”, e o princípio de inocência, visto que este implica em ter a tese defensiva como a mais correta,

¹¹¹ MARTINS, Rui Cunha. **O ponto cego do direito: the Brazilian lessons** 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 03.

¹¹² QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo: (o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal)**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 45.

um elemento verdadeiro no processo. As hipóteses defensivas merecem reconhecimento inicial dentro da relação processual. Explicita o autor que:

O fator “presunção de inocência”, ao se diferenciar de uma releas antecipação injusta do status de culpado para quem não teve condenações transitadas em seu desfavor, requer uma análise substancial que exhibe uma escolha de preferência inicial em relação ao dito status. Ao “presumir” um acusado como “inocente”, ao “considerá-lo” inocente, o julgador assume um pendor inicial para que se considere verdadeira (a princípio) a hipótese defensiva ou ao menos a tese mais benéfica para a manutenção do status de inocência (que é o estado natural) a ser, eventualmente, modificado pela exceção que é a condenação atribuidora de culpa¹¹³.

Como mencionado por Thompson: “[...] A maioria avassaladora dos delitos elucidados o são com base na confissão do autor. O ponto nevrálgico da investigação concentra-se no interrogatório do indiciado ou suspeito. O resto da atividade policial vai gravitar em torno daquele núcleo”¹¹⁴.

Não pairam dúvidas que na persecução penal, a palavra do indiciado/acusado assume especial relevância principalmente se voltada à confissão do fato. Doutra banda, também é certo que essa confissão não pode ser de forma obrigatória, sendo assegurado à parte o direito de permanecer calada a qualquer tempo do processo, bem como de ser presumida inocente.

Assim, enquanto diante de um estudo científico, precisa-se ter em mente que a presunção de inocência culmina em manifestar seus efeitos não somente no interior do processo. Isso é válido especialmente no tocante ao modo pelo qual é tratado o suspeito, acusado, processado ou imputado, ou seja, em relação às formas de tratamento humilhantes, que por sua vez também são uma vedação decorrente deste princípio.

A presunção de inocência efetiva-se externamente no tratamento dado à pessoa, e pode ser violado de forma extraprocessual (a serem observados por terceiros, tanto física como jurídica), especialmente quando da

¹¹³ LOPES JUNIOR, Aury; Ricardo Jacobsen Gloeckner. **Investigação preliminar no processo penal**. 6ª. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 477.

¹¹⁴ THOMPSON, Augusto. **Quem são os Criminosos? O Crime e o Criminoso: Entes Políticos**. 2ª. ed. EDITORA LUMEN JURIS. Rio de Janeiro, 2007. p. 80.

utilização do nome e da imagem do suspeito ou do acusado, como acontece em entrevistas realizadas à mídia, (inclusive na internet) que acabam expondo os suspeitos, por vezes afirmando a autoria ou culpabilidade, sem limites e sem pudores para com os sujeitos da notícia. Esta regra que decorre da presunção da inocência implica em se justificar a prática de um ato, porque, seja ele processual ou não, induz à antecipação de um juízo de censura¹¹⁵.

Ressalta ainda Giacomolli que, por conta deste princípio “[...] insofismavelmente, a manutenção do status de inocente, mesmo durante a investigação e o desenvolvimento do processo, antes do trânsito em julgado de uma sentença penal - condenatória, irradia todos os efeitos de consideração dessa situação jurídica”¹¹⁶.

A presunção de inocência decorre da jurisdição, já que esta atividade é imperativa para obter a prova de alguém ter cometido algum delito e, obedecendo ao processo, caso não se prove, não pode ser ninguém tido como culpado, tampouco poderá ser penalizado¹¹⁷.

Divan deslinda, ao discorrer sobre o estado de inocência que é contemplado pela nossa Carta Magna e os limites da persecução penal, que em observância ao princípio acima mencionado, deve-se ter em conta que:

O tipo de processo penal delineado de forma por vezes *direta*, por outras, *mediata*, pela normatividade constitucional, é claramente defensor da *excepcionalidade* do estado de *culpa* e, assim sendo, ostenta de forma notável uma postura de defesa e amplitude das garantias do acusado para a maximização da tentativa de manutenção do estado de *inocência*. Sem vedar nem obstaculizar deliberadamente a pretensão acusatória, nem deixar de subsidiar a pretensão punitiva advinda da condenação transitada em julgado, a Carta Constitucional se mostra como dotada de preceitos que impõem limites éticos à persecução penal e à violação do estado de inocência do acusado e aí percebemos os contornos que politicamente foram dados ao processo penal pátrio nessa quadra histórica¹¹⁸.

¹¹⁵ GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal, o Pacto de São José da Costa Rica**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 109.

¹¹⁶ *Ibid.*, 109 e 110.

¹¹⁷ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p.143.

¹¹⁸ DIVAN, Gabriel Antinolfi. **Processo penal e política criminal: uma reconfiguração da justa causa para a ação penal**. Porto Alegre/RS: Elegancia Juris, 2015. p. 120.

De sustentar-se então que a presunção de inocência é princípio reitor do processo penal, por conta do qual se verifica a qualidade de um sistema processual quanto à democracia ou ao autoritarismo, pois visa proteger à pessoa humana, protegendo assim os inocentes. Implica restringir o abuso no uso de prisões cautelares, na publicidade abusiva, na estigmatização precoce do réu, assegurando sua privacidade e dignidade, em um limite também à mídia, impondo um dever de tratamento para com o réu, de ser inocente. Para o juiz do processo impõe o dever de saber que a carga da prova seja do acusador, e que, em persistindo dúvida alguma, a absolvição é medida a ser imposta¹¹⁹.

A importância do princípio da inocência é mundial, ao que no ano de 1992, acontece o Pacto de São José da Costa Rica, também recepcionado pelo Brasil (Decreto Federal n. 678/92), que contém esta garantia judicial, veja-se:

“Art.80 § 2º - Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa [...]”¹²⁰.

De forma concreta, a presunção de inocência se impõe e impera que seja assim em cada feito que figure o mesmo sujeito, ou seja, é de se fazer valer a presunção de inocência em cada feito, sem a estigmatização do acusado, ainda que o sujeito já tenha sido condenado. “A quebra da inocência em um processo não irradia seus efeitos em outro e nem diminui o âmbito de sua concretude, em face da condição de ser humano e de cidadão.” É uma exigência constitucional irrenunciável que objetiva também demonstrar a valoração do ser humano, não mais como objeto nem instrumento para o processo¹²¹.

¹¹⁹ LOPES JÚNIOR, Aury. **Prisões cautelares**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 23-24.

¹²⁰ MESQUITA JÚNIOR, Sidio Rosa de. **Execução criminal: teoria e prática: doutrina, jurisprudência, modelos**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 100.

¹²¹ GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 110.

Por certo que a presunção de inocência é a base na relação processual penal de um processo que não siga o sistema inquisitório, já que neste impera presumir-se a culpa. Neste sentido argumenta Divan:

Quanto à consideração da presunção de inocência enquanto pedra político-ideológica de toque da realidade processual penal, basta referir que a consagração do instituto (descontadas aqui as variações de acepção) sempre fora vista como *inimiga e percalço* para os defensores de um sistema inquisitorial com notas de eficientismo higienista (em frontal e inconciliável oposição a todo o arcabouço constitucional). [...] considerando inclusive uma “presunção de culpa” enquanto “ordem normal das coisas”¹²².

Diante desta perspectiva, reina como regra a liberdade sem restrições e, à frente do negar-se este direito, há remédios jurídicos que o garantem. Além disso, esse princípio serve como limite às prisões preventivas, que devem ser “exceção da exceção”, instituindo uma duração razoável do processo, independente da gravidade da imputação, sendo o acautelamento um limite na Constituição Federal, vinculado à instrumentalidade processual, que ocorre também em razão do estado de inocência¹²³.

É constitucional a prisão preventiva – e não o cárcere prematuro - (art. 5º, LXI, da Constituição Federal) desde que amparada no devido processo, por determinação de autoridade e fundamentada.

Se não desta forma, a presunção de inocência permite o entendimento de que se tem a execução antecipada de uma sanção. De acordo com Giacomolli, “[...] antes da prisão preventiva, se exige a análise da possibilidade da liberdade provisória e, num segundo momento, a aplicação de outras medidas cautelares previstas em lei”¹²⁴.

Fala-se tanto na verdade, que aqui cumpre abrir um parêntese para um fato que se repete cotidianamente, que gera um sério problema para uma

¹²² DIVAN, Gabriel Antinolfi. **Processo penal e política criminal: uma reconfiguração da justa causa para a ação penal**. Porto Alegre/RS: Elegancia Juris, 2015. p. 124.

¹²³ GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica**. 2. ed. São Paulo Atlas, 2015. p.111.

¹²⁴ Ibid., p. 111.

sociedade que se intitula democrática. Bertaso menciona que o processo questiona a culpa, sendo que “[...] estabelecida a culpa, o resultado final recebe pouca atenção, diminuindo, assim a preocupação com salvaguardas dos direitos humanos”¹²⁵.

Ou seja, a preocupação está no penalizar, em determinar-se um culpado, sem observar o efetivo relevo disto para a sociedade.

Em verdade, os direitos humanos (muito falados) são bastante esquecidos em todo o caminho processual. Na grande maioria das vezes do início ao fim, do inquérito sem participação da defesa, da acusação quando estigmatiza o assujeitado na ânsia de uma condenação, das provas quando arrecadadas ao arrepio destes direitos, da defesa quando desprovida de potencialidade e da sentença que não tem fundamentação e se molda a um pré-julgamento.

Daí, a importância do trabalho em tela, que busca não só o descobrimento e apontamentos de alguns destes “esquecimentos”, mas também, se tornar um objeto de reflexão da origem destes desmandos de repetível e irrefletida usabilidade.

Então, com o foco voltado ao anteceder de uma condenação transitada em julgado - especialmente na situação de cárcere cautelar objeto de digressão deste trabalho - pretende-se aqui remeter à lembrança do tema já discutido sobre o inconsistente princípio da verdade real, ressaltando que não comporta tê-la como justificativa para violar a ética processual de forma desenfreada.

A prática de tortura utilizada para obtenção de prova, o que é uma prática lamentável, repugnante e inaceitável, vem expressamente vedada em nossa Legislação. Sua aplicação é realmente odiosa.

¹²⁵ BERTASO, João Martins; Gaglietti, Mauro José. **Diálogo e entendimento: direito e multiculturalismo & cidadania e novas formas**. Vol. 3. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2011. p. 14.

No entanto merece atenção quanto as formas que se manifesta – na verdade de forma não manifesta- mas sim velada e disfarçada, tamanha a odiosidade e repudio. Neste sentido, Venosa diz que:

[...] se não houvesse a proibição legal à tortura em nosso país (artigo 5º, XLIII, “e” lei 9.455/97) ainda assim seria impensável o uso dessa prática abominável em qualquer situação, porque contrária à dignidade da pessoa humana – que é um dos valores fundamentais da sociedade – inculcado e vinculado por meio do princípio reitor positivado no artigo 1º inciso III, de nossa lei fundamental, mas bem antes, no espírito, ou se quisermos, no inconsciente coletivo da Nação brasileira¹²⁶.

É então de se rejeitar a formação da prova diante de uma coação irresistível, pela absoluta inexistência da igualdade anunciada pelo devido processo legal e pela prática de conduta que não segue recepcionada pelo direito.

Assevera-se que neste contexto, a vontade de proceder a uma delação não se mostra como uma possibilidade a ser pensada, mas como uma necessidade, sendo, portanto, a única medida que o desespero sugere.

Conforme já mencionado, no processo inquisitório o conhecimento do acusado sempre foi uma forma de prova muito utilizada, a sua cooperação na busca da prova era uma tendência e a tortura era um meio admitido, um instrumento à disposição do inquisidor que buscava confirmar a culpa, sendo a prova de confissão a mais forte, não se aceitando assim o direito ao silêncio¹²⁷.

Hoje, o princípio do *nemo teneur se detegere*, veda que se considere qualquer consequência diante de um ato de recusa do acusado/indiciado em

¹²⁶ BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 7ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. p. 26.

¹²⁷ QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo: (o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal)**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 07.

qualquer produção de prova, implicando em ter-se nula possível convicção processual assentada na violação deste princípio¹²⁸.

É certo que em um sistema democrático o estímulo à autoincriminação deve ser vedado e o princípio da presunção da inocência assume grande relevo. O estado de inocência é próprio do sistema acusatório, determinando que uma pessoa não pode ser obrigada a evidenciar sua culpabilidade ou não, ao passo que a inércia do acusado não pode depor contra ele. O objetivo das garantias contra a autoincriminação é de assegurar a liberdade de manifestação do acusado, em que qualquer forma de artifício, ardid ou ato inidôneo que implique em extrair a confissão de um acusado deve ser tido como vedação de liberdade de manifestação intelectual¹²⁹.

Direitos fundamentais são sempre direitos humanos, mas existe uma distinção entre ambos, que é necessária por questões de consequências práticas, eis que direitos fundamentais se traduzem em direitos do ser humano que são reconhecidos de forma positivada, protegidos constitucionalmente, em um conjunto que contempla direitos e liberdades dentro de um Estado¹³⁰.

Assim, a temática da presunção de inocência envolve muito mais do que saber sobre a literalidade de um dispositivo hipoteticamente orientador do intérprete no estabelecimento da culpa. Envolve a índole constitucional-democrática do postulado processo penal, com a questão da prova¹³¹.

Oportuno fazer aqui a constatação de que a presunção da inocência fica de lado quando da elaboração e aplicação das leis, embora seja como se

¹²⁸ CASARA, Rubens R R; Melchior, Antonio Pedro. **Teoria do processo penal brasileiro: dogmática e crítica vol. I: conceitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 473.

¹²⁹ MARTELETO FILHO, Wagner. **O direito à não autoincriminação no processo penal contemporâneo: intercepções telefônicas e ambientais, agentes infiltrados e outros problemas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012. p. 35-36.

¹³⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. p. 29-31.

¹³¹ DIVAN, Gabriel Antinolfi. **Direito penal e política criminal**. Organização: Fabio Roberto D'Avila; Daniel Leonhardt dos Santos. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2015. p. 478.

sabe, direito fundamental, portanto cláusula pétrea na Carta Magna (artigo 60, § 4o, inciso IV da Constituição da República de 1988) ¹³².

Um processo penal voltado às diretrizes constitucionais deve ser de caráter garantista, em que se apresente uma pretensão acusatória, em um pleito em que o exercício jurisdicional averigue a situação, partindo do pressuposto de inocência a ser confirmada - que é o desfecho lógico e natural - devendo ser maximizada, sendo que qualquer medo que reflita no acusado de não ser assim considerado de antemão, estamos diante de uma quebra dos valores políticos que legitimam o processo ¹³³.

Divan afirma que o princípio da inocência diz que temos uma base constitucional democrática, na qual as regras e o próprio processo devem se contrariar o que se pretende da acusação, e o réu, que deve ser presumido inocente e defende esta posição de inocência. Este é o seu estado natural, devendo o estado de culpa ser exceção, sendo, portanto esta a presunção de uma probabilidade que implica em se fixar e ser reconhecida como válida, sem precisar ser provada ¹³⁴.

Numa clara definição, o autor explica a força que deve ser atribuída ao princípio da presunção de inocência:

Por “presunção de inocência” entendemos mais do que a constatação de que efeitos principais de atribuição político-jurídica de *culpa* a um acusado sejam apenas legitimados após uma *condenação* e seu respectivo trânsito. Por “presunção de inocência”, se entende uma expressão que carrega tônica justamente no caráter a ser *presumido* – que é igualmente componente de assunção ou *preferência* inicial (por parte do julgador) frente às duas grandes divisões possíveis da dialética processual penal – a(s) tese(s) acusatória(s) e aquela(s) defensiva(s) ¹³⁵.

¹³² Prado, Geraldo. **Sistema Acusatório. A conformidade constitucional das leis processuais penais**. 3ª. ed. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2005, p. 83-84.

¹³³ DIVAN, Gabriel Antinolfi. **Direito penal e política criminal**. Organização: Fabio Roberto D’Avila; Daniel Leonhardt dos Santos. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2015. p. 123.

¹³⁴ Id., 2015, p. 121.

¹³⁵ DIVAN, Gabriel Antinolfi. **Direito penal e política criminal**. Organização: Fabio Roberto D’Avila; Daniel Leonhardt dos Santos. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2015. p. 476.

Silveira nos traz uma ponderação do que implica, no processo penal, ser adotada a sistemática de um processo inquisitório, menção que deve se observar com acuidade por conta de nossa prática processual, eis que vem demonstrar a subtração lamentável de força que é atribuída ao princípio da inocência. Ressalta o autor que a imputação (exigência procedimental) está intimamente ligada à defesa e ao contraditório, criando uma linha tênue entre acusação e o resultado da demanda, eis que é mote orientador do magistrado. Assim, a presunção de inocência fica retorcida, especialmente por conta do papel do juiz, que resta vinculado às ideias ministeriais¹³⁶.

O direito de permanecer calado (Constituição Federal, art. 5º, LXIII) contempla e garante que qualquer pessoa não esteja obrigada a produzir prova contra si mesma e que a omissão de um acusado em colaborar na produção de prova, não pode vir em seu prejuízo, sendo, portanto assegurado o seu silêncio em qualquer fase processual¹³⁷.

Já o direito contra a autoincriminação não está explicitado em regra específica, mas é extraído do significado essencial da dignidade, que é indubitavelmente fonte de direitos¹³⁸.

É salutar saber que o direito subjetivo é concebido como o espaço de ação livre, em que não há impedimentos, é um espaço no qual a vontade de cada pessoa a domina e ela tem o poder de dispor sem impedimentos, reconhecendo os direitos doutrem, mas garantindo os seus sobre os demais, dando àqueles um dever de omissão¹³⁹.

Isto é importante e deve ser muito bem compreendido, eis que o direito ao silêncio é uma das garantias contra a autoincriminação que consiste

¹³⁶ SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. **A ação processual penal entre política e constituição: outra teoria para o direito processual penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 137-138.

¹³⁷ BITTAR, Walter Barbosa. **Delação premiada: direito estrangeiro, doutrina e jurisprudência**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 193.

¹³⁸ BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. Tradução: Humberto Laport de Mello. 3. reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 66.

¹³⁹ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Estudos de filosofia do direito: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito**. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2003. p.105.

também na presunção de inocência, tutelando a pessoa do acusado, bem como a inviolabilidade de sua privacidade e de sua consciência, limitando o poder de investigação do Estado. Tem especial proteção, restando os poderes públicos vinculados a este direito, já que representa o acordo de diversas forças sociais¹⁴⁰.

São atos tão normais que por vezes passam despercebidos pelo acusado/indiciado. No geral, as defesas preocupam-se com o mérito da ação processual, esquecendo que a presunção de inocência abarca este leque de atitudes tidas como ultrajantes e atentatórias à dignidade humana. Fica, pois, o alerta para a pessoa do preso, indiciado ou acusado - que amarga cárcere prematuro – que deve ter nestes atos um grande influenciador ao optar pela colaboração premiada.

Com o advento da Lei 10.792/03, a redação do art. 186 do Código de Processo Penal sofreu alteração, frisando por excelência, que o silêncio não pode implicar em confissão, tampouco pode resultar prejuízos para a defesa. A garantia no processo penal brasileiro de se poder permanecer calado vige e deve vigir de forma ampla, deferindo o direito do acusado em não produzir qualquer espécie de prova contra si mesmo, compreendendo todas as espécies de conduta ativa ou passiva¹⁴¹.

No entanto, a absolutização desta garantia, sob aspecto principiológico, mostra-se equivocada, eis que na verdade, o alcance desta proteção só pode ser identificada depois de ser verificada a possível justificação constitucional, sobre intervenções admissíveis, como ocorre com a cooperação inconsciente, que se dá por conta de meios enganosos, que sem dúvida, afetam “*o nemo tenetur*” em sua principiologia. Saber então se as restrições são constitucionais é uma necessidade¹⁴².

¹⁴⁰ MARTELETO FILHO, Wagner. **O direito à não autoincriminação no processo penal contemporâneo: interceptações telefônicas e ambientais, agentes infiltrados e outros problemas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012. p. 44-46.

¹⁴¹ Ibid., p. 39

¹⁴² Ibid., p. 39-42.

Num brevíssimo referencial, Marteleto traz a observação de que, em tempos pretéritos, o direito ao silêncio não se fazia eficiente.

Outrora, o direito ao silêncio se mostrava ineficaz por conta de torturas que eram empreendidas a fim de obter-se uma espécie de confirmação de culpa. O Código de Processo Penal de 1941 foi o primeiro a prever o direito ao silêncio no ordenamento brasileiro, ainda que consentisse que fazer uso do silêncio pudesse vir ao desfavor do acusado. A redação do artigo 186 de referido código fazia com que o interrogatório fosse um ato instrutório, como no modelo inquisitorial. No entanto a doutrina tinha que o interrogatório era ato de defesa, ainda que fonte de prova. Para resolver a controvérsia sobre ser o silêncio prova em prejuízo do acusado ou não, surge a Constituição Federal de 1988, que garante o direito ao silêncio (art. 5º, LXIII)¹⁴³.

Vale lembrar que até o final do sec. XVII, o direito ao silêncio de nada servia. A este tempo, o réu não podia contar com uma defesa por conta de advogado, precisava falar ele mesmo sobre sua defesa. Do óbvio, o silêncio não poderia acontecer, (significava se auto acusar) eis que se entendia que se inocente o acusado, ao falar exercia com mais efetividade sua defesa, esclarecendo a verdade fática. Se fosse culpado, o advogado somente iria encobrir mais ainda a verdade¹⁴⁴.

Foi de forma gradativa que o direito de o acusado manter o silêncio no interrogatório foi sendo tido como correto e aceito. Esse direito, no entanto, não implica simplesmente em calar no interrogatório, que é sem dúvidas o momento onde se obtém maiores informações do acusado. Modernamente, os argumentos contra esse princípio se fundam na completa impossibilidade de se buscar a verdade material. Porém, admitir o alcance da verdade, de forma a violar direitos e garantias do acusado é faltar com legalidade e ética, supervalorizando a verdade sobre outros valores, inclusive em relação à

¹⁴³ MARTELETO FILHO, Wagner. **O direito à não autoincriminação no processo penal contemporâneo: interceptações telefônicas e ambientais, agentes infiltrados e outros problemas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012. p.39.

¹⁴⁴ Ibid., p. 27.

pacificação social, que é (ao menos assim é concebida) a função social do processo¹⁴⁵.

Consoante o já mencionado, o direito ao silêncio é direito fundamental de primeira dimensão, assegurando uma liberdade para o acusado ou indiciado, figurando neste sentido como garantia, um princípio-garantia dentro dos procedimentos, o que vincula, condiciona e inclusive deslegitima o agir “divino” do Estado voltado para a punição, tutelando os direitos do inocente¹⁴⁶.

Isto é importante e deve ser muito bem compreendido, eis que é uma das garantias contra a autoincriminação. Aliado a este conceito, de se ter presente que o *nemo tenetur se detegere* também funciona para assegurar a liberdade moral.

O princípio de não se auto acusar, vem ao encontro de assegurar a liberdade moral do acusado, que pode de forma consciente, decidir cooperar ou não com a investigação ou com o judiciário. Por conta, no entanto, de buscar a prevalência de interesses do Estado e da sociedade na persecução penal, se percebe uma inclinação dos ordenamentos em diminuir as garantias deste princípio¹⁴⁷.

É comum dizer que a prova jurídica está submetida a um grande número de regras jurídicas que fazem dela algo de especial em relação à atividade probatória em sentido geral. Um exagero, porque a incerteza na hora da decisão e as regras de sua aferição não retiram a possibilidade de aplicar critérios de racionalidade que são comuns a toda e qualquer colheita de prova¹⁴⁸.

¹⁴⁵ QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo: (o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal)**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 44-45.

¹⁴⁶ MARTELETO FILHO, Wagner. **O direito à não autoincriminação no processo penal contemporâneo: interceptações telefônicas e ambientais, agentes infiltrados e outros problemas**. Belo Horizonte: Del Rey. 2012, p. 43.

¹⁴⁷ QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo: (o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal)** São Paulo: Saraiva 2003, p. 27.

¹⁴⁸ KHALED JR., Salah H. **A busca da verdade no processo penal para além da ambição inquisitorial**. São Paulo: Editora Atlas, 2013. p. 06.

Parte-se, então, do significado de referida palavra em termos processuais. Provar significa fazer com que a verdade conhecida por nós, seja conhecida por outros. É o elemento produzido pelas partes ou pelo juiz que serve como instrumento que estabelece dentro de um processo, a existência de certos fatos. No processo penal a prova serve para formar a convicção do juiz sobre determinado fato, para que o magistrado possa decidir a causa¹⁴⁹.

Ao discorrer sobre ser a prova representação de uma verdade, Martins lembra o que considera ironia, um verdadeiro paradoxo :

A prova não deve ser fraca: prova fraca é aquela que se satisfaz com a verossimilhança, com o que se diz ser uma crença¹⁵⁰ racional. Mas a verossimilhança que, fora da lógica e da matemática, é o regime normal da prova, não é em si um critério satisfatório, por mais convincente que seja. A verossimilhança não remove a eventualidade de exceções e de contraexemplos – e as crenças racionais podem revelar-se errôneas: os erros judiciais assentam sempre em verossimilhanças e crenças racionais. Portanto, a prova tem de ser forte. Mas a prova forte revela-se de imediato “demasiado forte” – e, nesse momento, se essa demasia se dá nos termos de uma ostensão de feição alucinatória, ela resvala sem escape para o terreno da evidência, a qual, veja-se a ironia, tende a dispensar a prova. Paradoxo inescapável, ainda assim. É que a vertigem alucinatória da prova não decorre de uma momentânea apetência desviante, prendendo-se antes com uma das suas vertentes constitutivas mais nucleares, ainda que das menos ditas. Chamar-lhe-ei a percepção do destinatário. Porque provar é em boa medida convencer¹⁵¹.

A produção das provas, no entanto, sofre limites, o que vai de encontro com o princípio da verdade real, que vige no processo penal (art. 158 a 250 do Código de Processo Penal). Esses artigos trazem as provas admitidas no CPP, mas não é uma enumeração taxativa. O limite maior aos meios probatórios reside na não violação ao respeito da dignidade humana ou

¹⁴⁹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 19. ed. rev. e atual. 3. Vol. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 221-222.

¹⁵⁰ Crença é um conjunto de valores que a pessoa internaliza e adota como sendo uma convicção íntima de suas verdades, tal como acontece com referência à presença da fé nos dogmas de uma religião, ou em outras situações e costumes, sempre com o predomínio do pensamento lógico. No entanto, essa palavra tem várias outras acepções, como pode ser a atitude de o sujeito dar por verdadeira uma coisa que não está comprovada. ZIMERMAN, David E. **Os quatro vínculos: amor, ódio, conhecimento, reconhecimento na psicanálise e em nossas vidas**. Dados eletrônicos. Porto Alegre: Artmed, 2010. p. 180.

¹⁵¹ MARTINS, Rui Cunha. **O ponto cego do direito: the Brazilian lessons**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 5.

moralidade, por isso que as provas adquiridas, mediante tortura, por exemplo, não são admitidas¹⁵².

Existem provas que não são admitidas, quais sejam, as provas ilegais que comportam provas ilícitas e ilegítimas. Estas são as provas que são produzidas em desacordo com as normas, que fogem à forma determinada para a sua realização. As provas ilícitas são as que ferem direitos como intimidade, privacidade, integridade física, garantia contra a autoincriminação e outros fundamentais. São, portanto, provas que violam as normas de direito material¹⁵³.

Tem-se que a liberdade da prova não é absoluta, não se permitindo todos os moldes de prova. A prova ilícita é a prova que viola as normas materiais, não é admitida. Outra é a prova ilegítima (art. 233 do CPP) que por seu turno, é aquela introduzida nos processos contra a norma processual. Aqui, interessante ressaltar que essa separação de provas entre ilícitas ou ilegítimas foi extinta quando da edição da Constituição Federal/88¹⁵⁴ (art. 5º, inciso LVI).

Mas referido artigo determina que não se admita no processo provas ilícitas. Assim, a título de exemplificar, em se tratando de autoincriminação, a ilicitude da prova tem de ser abordada por conta da regra e do princípio violados. De se lembrar que toda prova obtida por meios cruéis ou degradantes, destinada à confissão, é ilícita¹⁵⁵.

Os sistemas de valoração das provas foram se fixando de forma progressiva. Atualmente, por conta da confiança na imparcialidade do juiz, o que vige é o sistema do livre convencimento motivado, no qual cabe ao juiz analisar as provas constantes do processo, não tendo de acatar qualquer

¹⁵² TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 19. ed. rev. e atual. 3. vl. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 226-228.

¹⁵³ MARTELETO FILHO, Wagner. **O direito à não autoincriminação no processo penal contemporâneo: interceptações telefônicas e ambientais, agentes infiltrados e outros problemas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012. p. 203.

¹⁵⁴ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 19. ed. rev. e atual. 3. vl. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 230.

¹⁵⁵ MARTELETO FILHO, Wagner. **O direito à não autoincriminação no processo penal contemporâneo: interceptações telefônicas e ambientais, agentes infiltrados e outros problemas**. Belo Horizonte: Del Rey. 2012, p. 204.

escala de valores como acontecia no sistema de tarificação da prova¹⁵⁶, mas devendo fundamentar sua decisão¹⁵⁷.

No processo criminal a prova colhida na audiência é de extremada importância. Mas há que se ter em mente, que a prova oral resta como prova prejudicada porque as pessoas carregam sua “bagagem” (por conta da emoção, do ambiente jurídico, relacionamento com as partes, modo de compreender e ver o mundo, modo de receber uma verdade, seus amores e desejos secretos) assim como estão sujeitos às falhas de memória, fatores que são empecilhos na aferição do verdadeiro, que deformam uma possível reconstrução dos fatos pretéritos. Thompson diz que “[...] a prática forense cunhou uma frase bastante significativa a respeito da precariedade das declarações prestadas nos processos: A prova testemunhal é a prostituta das provas. Nesse caso, a imensa maioria das sentenças se apoia sobre um bordel”¹⁵⁸.

Todavia, é a prova oral muito utilizada e de grande importância. Mas toda a prova deve estar em consonância com o direito, ajustada à realidade, mas de acordo com o direito:

Conclui-se que em Direito é impossível agradar a todos, atingir a unanimidade. Todos os adeptos da teoria da argumentação rejeitam o modelo de lógica dedutiva, por seus estreitos limites. Pela argumentação, uma decisão será consistente quando se fundar em premissas que não entrem em choque com o ordenamento. O julgador não pode, assim, contrariar o Direito, devendo ajustar as provas à realidade. A decisão deverá ser coerente tanto do ponto de vista narrativo como do ponto de vista normativo. A norma deve ajustar-se à descrição dos fatos. Na verdade, a aplicação da lei sempre teve uma base argumentativa, com maior ou menor ênfase no curso da História, embora os intérpretes não o afirmassem. Nunca, ou raramente, na época moderna, aplicou-se a lei cegamente, como vaticinava o rigor da escola exegética de primeira hora.¹⁵⁹

¹⁵⁶ SILVA, Eduardo Araujo da. **Crime organizado: procedimento probatório**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 64.

¹⁵⁷ Ibid., p. 65.

¹⁵⁸ THOMPSON, Augusto. **Quem são os Criminosos? O Crime e o Criminoso: Entes Políticos**. 2. ed. EDITORA LUMEN JURIS. Rio de Janeiro, 2007. p. 89.

¹⁵⁹ BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. p. 26.

Os limites da prova seguem porque, para que se possa aplicar uma pena, o processo penal necessita estabelecer de forma racional a verdade processual, que é buscada pelo processo. Os limites na busca da verdade, que não pode ser alcançada a qualquer custo, devem levar em consideração os interesses que estão postos em jogo, que são as garantias dos direitos fundamentais individuais e a tutela do Estado voltada à repressão de delitos, que se traduz no interesse social¹⁶⁰.

Eduardo Araujo da Silva entende que o suprir deficiências probatórias pelo magistrado é possível, mesmo em um sistema acusatório:

O juiz também pode, excepcionalmente, introduzir meios de prova no processo penal, o que não significa um retrocesso ao sistema inquisitorial, pois assim age com a finalidade de suprir deficiências das partes em sua iniciativa probatória. Em outros termos, na atividade probatória a função do magistrado não se restringe a uma posição estática de deferir ou não os meios de prova propostos pelas partes, mas também envolve um poder de iniciativa voltado para sanar eventual omissão nesse sentido, na busca da apuração dos fatos noticiados¹⁶¹.

Mas ainda que a admissão da prova no processo, segundo o Código de Processo Penal, seja ato do juiz, este deve observar requisitos legais para tanto, sendo que ofende o direito as provas obtidas de forma delituosa, ou informações que decorrem de ações tidas como criminosas, que é o caso de coação física ou mesmo moral. Por derradeiro, neste juízo de admissão não está inserido avaliar a efetividade da prova, mas sim sua utilidade, sendo certo que a prova que possa implicar em tolher do indivíduo seus direitos fundamentais é ilícita. Em caso de tortura ou maus tratos, é ilícita a prova porque está diante da violação de direitos materiais do cidadão – entre estes a dignidade – ainda que seja constitucional a produção de referida prova¹⁶².

¹⁶⁰ MARTELETO FILHO, Wagner. **O direito à não autoincriminação no processo penal contemporâneo: interceptações telefônicas e ambientais, agentes infiltrados e outros problemas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012. p. 201.

¹⁶¹ SILVA, Eduardo Araujo da. **Crime organizado: procedimento probatório**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 56.

¹⁶² *Ibid.*, p. 57-58.

Traz-se então a teoria da proporcionalidade em termos de prova, que defere a faculdade de admitir-se a prova ilícita. Observa-se:

Todavia, a doutrina vem assimilando a adoção da “teoria da proporcionalidade” se a prova ilícita for pro reo, amparada no entendimento de que seria incongruente o Estado, diante de uma prova ilícita, provocar a condenação de um acusado inocente. Nesse caso, do confronto resultante entre o direito estatal de punir e o de provar a inocência do acusado, este último deve prevalecer. Do contrário, o Estado estaria negando uma de suas funções primordiais, que é a prestação jurisdicional justa. Ademais, se negada a aplicação da proporcionalidade em favor do acusado, o Estado estará contribuindo para a ausência de punição do verdadeiro autor do crime, com inestimáveis prejuízos para os interesses sociais¹⁶³.

Precisa-se esclarecer aqui sobre a existência da “teoria do descobrimento inevitável”, que consiste em se ter um freio para a possível utilização ainda, de reflexos advindos da prova ilícita. Admitem-se estes reflexos desde que se constate que antes e independente desta intervenção ilícita, o resultado obtido na apuração dos fatos seria o mesmo que o oriundo desta prova, resguardando-se assim o princípio da boa-fé¹⁶⁴.

Internacionalmente há uma tendência (jurisprudencial) de atenuar essa restrição da prova ilícita, que se consubstancia na já referida “teoria da proporcionalidade”, na qual é admitida e valorada este tipo de prova, acaso se verifique efetiva desproporção entre admiti-la ou não, face ao lastimável dano que resultaria do seu não uso. De acordo com esta teoria, o direito do Estado de punir deve ser maior que o interesse em manter um processo com regularidade. Trata-se do direito em prol da sociedade, que está sendo utilizada na Alemanha no combate a crimes graves, mas, em contrapartida, não é admitida em casos de tortura e maus tratos¹⁶⁵.

As torturas, ao menos de forma escrachada, realmente não seguem recepcionadas por muitos povos. Neste sentido, corroborando a

¹⁶³ SILVA, Eduardo Araújo da. **Crime organizado: procedimento probatório**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 61.

¹⁶⁴ Ibid., p. 60.

¹⁶⁵ Ibid., p. 60-61.

impossibilidade de recorrer às torturas, o Pacto de São José da Costa Rica, do qual o Brasil é signatário, indica em seu art. 5º,

“Art. 5º - §1. Toda pessoa tem direito a que se respeite sua integridade física, psíquica e moral.

§2. Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada de liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano”¹⁶⁶.

Mas todo o colaborador/delator deve poder ter o livre arbítrio, sendo que precisa ele ser esclarecido das vantagens da delação e de que, fazer uso deste instituto culmina em renunciar ao direito de não se auto incriminar, bem como em sacrificar o direito ao silêncio¹⁶⁷.

Sem embargo disto, em se tratando de delação premiada, o direito ao silêncio tem sido interpretado de forma restrita:

É óbvio que o direito ao silêncio, hoje amplamente reconhecido pela doutrina, deve ser sempre assegurado. No entanto, quando se tratar de colaborador da justiça, a sua área de atuação deve ser restringida, pois o direito ao silêncio vem ora reconhecido ao colaborador, exclusivamente, quando é uma expressão do seu direito inviolável de defesa e não quando se negue a qualificação formal (de acusado ou réu em um processo conexo ou de crime coligado) atribuído a ele por causa de declarações sobre a responsabilidade de outros¹⁶⁸.

No que concerne à colaboração premiada, esclarece-se que a delação será objeto de apreciação em capítulo e subtítulo posterior cabendo dar seguimento a este trabalho com ênfase ao princípio da dignidade.

Atualmente, não se concebe o Estado atuar na repressão ao crime, atribuindo penalidade se não o for dentro do que estabelecido por leis, especialmente pela Constituição e de acordo com seus princípios éticos,

¹⁶⁶ SANTOS, André Leonardo; Lucas, Doglas Cesar. **Revista Direito e Liberdade** disponível em: www.esmarn.tjrj.jus.br/revistas. Acesso: 10/11/2016.

¹⁶⁷ SILVA, Eduardo Araújo da. **Crime organizado: procedimento probatório**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 72.

¹⁶⁸ BITTAR, Walter Barbosa. **Delação premiada: direito estrangeiro, doutrina e jurisprudência**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 193.

fazendo valer direitos e garantias, evitando que o poder possa implicar em danos, limitando-o, em um respeito ao mínimo de dignidade.¹⁶⁹.

A dignidade do homem é um limite à persecução penal, que não pode ser um fim em si, mas que “... existe sim, existe para o indivíduo e não contra ele. Dentro dessa ótica, a atividade persecutória deve ser tida como um instrumento voltado a impedir punições injustas”¹⁷⁰.

Com efeito, a pessoa é ser dotado de vontade racional, o que o torna um ser autônomo, guiando-se pelas leis que ele cria, é fonte delas e a elas está condicionado. Por isso lhe cabe a dignidade e não um preço¹⁷¹.

Para Casara e Melchior, respeitar a dignidade que consideram “fundamento de todos os direitos políticos” é inerente ao sistema processual penal democrático, no qual a liberdade humana serve como limite ao poder do Estado. Assim, a prisão processual do indivíduo como prevenção geral, como exemplo para a sociedade, é medida que deve ser repudiada, não pode ser admitida, pois utiliza o ser humano como instrumento, o que afronta sobremaneira a dignidade¹⁷².

Toda a pessoa tem dignidade, valor que não tem preço. Volta-se exclusivamente para o ser humano. Lhe é implícita:

“[...] a dignidade da pessoa não consiste apenas no fato de ser ela, diferentemente das coisas, um ser considerado e tratado, em si mesmo, como um fim em si e nunca como um meio para a consecução de determinado resultado. Ela resulta também do fato de que, pela sua vontade racional, só a pessoa vive em condições de autonomia, isso é, como ser capaz de guiar-se pelas leis que ele próprio edita¹⁷³.”

¹⁶⁹ PRADO, Geraldo. Sistema Acusatório. **A conformidade constitucional das leis processuais penais**. 3. ed. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2005. p. 27.

¹⁷⁰ CASARA, Rubens R R; MELCHIOR, Antonio Pedro. **Teoria do processo penal brasileiro: dogmática e crítica vol. I: conceitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 462-463.

¹⁷¹ COMPARATO, Fabio Konder. **Afirmção histórica dos direitos humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 34.

¹⁷² Ibid., p. 464.

¹⁷³ Ibid., p. 23-24.

Em que pese sua elevada relevância, na Constituição brasileira a dignidade não foi incluída no rol dos direitos e garantias fundamentais, ficando consignada como um princípio, modo que restou positivada no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal de 1988. Mas a efetiva valoração e realização dependem de como está reconhecido este princípio, sua esfera de integração jurídica, constância, força e amplitude dentro da Constituição, sendo a dignidade, enquadrada como princípio, uma norma que define direitos, garantias e deveres fundamentais¹⁷⁴.

Como é um atributo humano, não pode ser concedida por ordem jurídica. O direito à dignidade não é nada mais do que reconhecê-la, protegendo-a e respeitando-a. Não se trata de concedê-la, mas sim promover e desenvolver uma vida com dignidade. Estar classificada como um princípio fundamental significa dizer então que essa qualificação, além de estar dotada de moralidade e de ética, se amolda como norma jurídica positivada, formal e material, com eficácia, sendo um valor fundamental para todos¹⁷⁵.

Barroso (2014) traduz a dignidade como um valor quase que absoluto, mencionando que “A dignidade humana é um valor fundamental que informa o conteúdo de diversas normas escritas, ao mesmo tempo em que condiciona a interpretação constitucional como um todo, principalmente quando os direitos fundamentais estão envolvidos”¹⁷⁶.

Como alerta por conta das manipulações, este autor esclarece que a dignidade necessita ter uma boa teoria, bom debate, implicando em consenso e que os operadores, especialmente juízes, ajam com prudência quando de sua valoração:

[...] ainda resta a imputação de que a dignidade é um *slogan* vago, que pode ser manipulado pelo autoritarismo, pelo paternalismo e por

¹⁷⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 79-81.

¹⁷⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. p. 82.

¹⁷⁶ BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. Tradução: Humberto Laport de Mello. 3. Reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 59.

concepções religiosas. Assim como acontece com qualquer outro conceito marcadamente abstrato [...] existem riscos envolvidos na construção do significado a dignidade humana. Qualquer ideia complexa, de fato, está sujeita ao abuso e à má utilização: a democracia pode ser manipulada por populistas, o federalismo pode se degenerar em hegemonia do governo central e o controle judicial de constitucionalidade pode ser contaminado pela política ordinária¹⁷⁷.

No entanto, reside aí também a observação de não ser a dignidade um valor absoluto. No direito não existe um espaço para absolutismo. Cede que a dignidade humana deve prevalecer, mas em determinadas ocasiões ela precisa ceder, ainda que seja em um mínimo percentual, numa parcialidade mínima, como acontece quando de uma prisão – desde que observado o devido processo legal- em que a liberdade de ir e vir, elemento importante da dignidade, é restringido. É um sacrifício por conta de outro valor¹⁷⁸.

Mas a dignidade continua e prevalece sendo direito fundamental. O princípio “*nemo tenetur se detegere*” que a contempla, busca proteger o indivíduo, opondo-se aos excessos do Estado, buscando coibir violências físicas e morais, que por ventura sejam utilizadas como modo de levar um indivíduo a cooperar com a apuração de delitos. De igual forma, busca assegurar o direito não só do investigado ou processado, mas também o interesse público de que a jurisdição seja exercida de forma correta¹⁷⁹.

Sobre o contraditório, a ampla defesa e a possibilidade de abrir mão do princípio acima mencionado, Lopes Júnior menciona:

O juiz deve dar “ouvida” a ambas as partes, sob pena de parcialidade, na medida em que conheceu apenas metade do que deveria ter conhecido. Considerando o que dissemos acerca do “processo como jogo”, das chances e estratégias que as partes podem lançar mão (legitimamente) no processo, o sistema exige apenas que seja dada a “oportunidade de fala”. Ou seja, o contraditório é observado quando

¹⁷⁷ BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. Tradução: Humberto Laport de Mello. 3. Reimpr. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 59-60.

¹⁷⁸ Ibid., p. 64.

¹⁷⁹ QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo: (o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal)**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 52-56.

se criam as condições ideais de fala e oitiva da outra parte, ainda que ela não queira utilizar-se de tal faculdade, até porque pode lançar mão do *nemo tenetur se detegere*¹⁸⁰.

E, como forma de garantia individual, o princípio da proporcionalidade veda excessos e proibição de uma proteção social deficiente, o que implica em se ter assegurada, de forma constitucional, a obrigação de agir voltado a reduzir danos à pessoa, sempre observando a dignidade¹⁸¹.

Oportuna a certeza que a expressão “integridade física” tem um grande alcance. Veja-se:

O vocábulo “integridade” denota estado ou característica do que está íntegro, ileso, intacto, que não foi atingido. [...] Por sua vez, a integridade moral do preso, que também deve ser respeitada, tem acepção bastante ampla, compreendendo em seu bojo a dignidade, a liberdade psicológica, os costumes e quaisquer outros elementos que possam compor a personalidade individual. Assim, exempli pare, não se concebe que se sujeite o preso a humilhações, a ameaças ilegais, a qualquer comportamento contrário aos bons costumes e a sua formação em qualquer nível, até mesmo religioso¹⁸².

Tanto a saúde física como moral deve ser respeitada. Liberdade e dignidade são componentes essenciais da personalidade. Salutar então ter estes direitos presentes, voltando-se uma análise mais severa para o instituto da delação premiada, especialmente quando precedida de cárcere, para que este não seja utilizado como um embuste destinado a encobrir manobras judiciais empreendida na busca da (in)certeza processual num primado da agilidade investigatória.

¹⁸⁰ LOPES JUNIOR. Aury. **Direito Processual penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 146.

¹⁸¹ CASARA, Rubens R R; Melchior, Antonio Pedro. **Teoria do processo penal brasileiro: dogmática e crítica vol. I: conceitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 470.

¹⁸² HERÁCLITO, Antônio Mossin, **Garantias fundamentais na área criminal**. Barueri. São Paulo: Manoele, 2014. p. 124.

SEGUNDO CAPÍTULO – AS PRISÕES CAUTELARES E SUAS MOTIVAÇÕES: DISCUTINDO A DELAÇÃO PREMIADA FRENTE ÀS CONDIÇÕES DO ENCARCERADO.

Às voltas com as prisões cautelares, considerando a motivação destas por vezes fraudulenta, se tem como necessário averiguar o instituto da delação e sua adequação ao devido processo legal, considerando a prova produzida quando da colaboração bem como a política criminal que ali permeia.

Nesta perspectiva, a delação premiada contempla e comemora a efetividade da prestação judicial ao facultar acesso às informações que, sem sua aplicação, poderia não lograr êxito, facilitando o trabalho investigativo, ministerial e judicial, vindo a confirmar o geralmente já intuído pelos operadores das agências estatais.

De se analisar então o agir do delator e a efetiva aplicabilidade e uso da delação, especialmente considerando a disparidade dos agentes envolvidos na relação delatória.

2.1 A delação premiada à vista do devido processo legal e a admissibilidade da prova ilícita.

O instituto da delação premiada tem sido objeto de muitas discussões, ao mesmo tempo em que parece haver despertado para o uso nos mais diversos âmbitos jurídicos. Pode ser entendido como um ato de denunciar, ou, como mais nos interessa, como um ato de revelar, em que se tem a colaboração de um indivíduo, que ao admitir sua própria responsabilidade, torna conhecido aos investigadores de referido delito e

outros, o agir ilícito de seus comparsas, o seu agir ilícito e informações sobre os fatos do ambiente criminal a que pertenceu¹⁸³.

A guisa de esclarecimentos e somente a fim de curiosidade, segue a origem da delação premiada, o que é citado na obra de Eduardo Silva (2009):

A origem do instituto pode ser buscada no período do absolutismo francês, sobretudo nos tempos de Luís XIV, no qual para reforçar o regime foi criada a figura do “delator”, composta por cidadãos que descobriam na sociedade os inimigos políticos, em troca de favores do príncipe. Nessa época, sua prática limitava-se a espionar e levar os fatos ao conhecimento das autoridades, sem qualquer atividade de provocação. Contudo, com o passar do tempo, a atividade de vigiar os suspeitos não foi suficiente para neutralizar a oposição ao regime, passando a atividade da mera espionagem para a provocação de condutas consideradas ilícitas¹⁸⁴.

Faz parte do direito penal premial e é mundial a perspectiva de sua utilização, tanto que recebe diversos nomes como “confissão delatatória”, “chamamento de corréu”, “negociação premial” dentre outros. Mas é de essência cooperatória com a persecução criminal, facilitando obter informações eficazes quanto ao delito¹⁸⁵.

Em tempos passados, o acusado tinha a oportunidade de se declarar culpado, pedir perdão e aceitar a pena que lhe era atribuída, antes do julgamento. Contemporaneamente, admitir a culpa e delatar os comparsas tem um foco diverso, que não a satisfação da moral pública. Serve muito como uma estratégia defensiva, mas também para facilitar a obtenção da condenação dos chefes dos grupos criminosos e para dar um ancoradouro e destino à resolução do processo.

¹⁸³ BITTAR, Walter Barbosa. **Delação premiada: direito estrangeiro, doutrina e jurisprudência**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 5.

¹⁸⁴ SILVA, Eduardo Araújo da. **Crime organizado: procedimento probatório**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 74.

¹⁸⁵ MASSON, Cleber. Vinicius Marçal. **Crime organizado**. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: MÉTODO, 2015. Disponível em <http://www.upf.br/biblioteca/acervo-virtual/bibliotecas-virtuais> Acesso em: 09/02/2017.

Não surge de maneira isolada ou aleatória. Segundo Fauzi Hassan Choukr:

[...] a mecânica da delação premiada não aparece no cenário jurídico como um instrumento aleatoriamente inserido no ordenamento. Antes, encontra-se mergulhada, na sua essência, num sistema cultural e normativo próprio denominado sistema emergencial¹⁸⁶.

E, como o instituto em comento vem sendo muito utilizado e discutido, convém elucidar alguns aspectos de extremada relevância - eis que ainda novo na sua utilidade - como a iniciativa quando de sua aplicação, a espontaneidade e voluntariedade.

Em se tratando de um acordo de colaboração, a iniciativa deve ser ato afeto à defesa e não uma oferta de negociação exposta pelo Ministério Público que a possa pretender assim com quem vai negociar, cabendo ao magistrado homologar e valorar o quanto esta colaboração foi efetiva, aplicando então a benesse quando da pena¹⁸⁷.

Considerada como o mais importante requisito da delação premiada, a espontaneidade deve ser sempre observada. Tida como um ponto sensível do instituto, a voluntariedade de conduta assim o é justamente em razão de constrangimentos possíveis na captura de uma colaboração eficiente. Afinal, se é possível cogitar a possibilidade de existirem excessos na ânsia de obter uma confissão quando do processo investigatório, tem-se de admiti-los também durante a delação, eis que referidos excessos tornam a prova ilícita, já que obrigar o acusado a colaborar, implica em atentar contra a presunção de inocência¹⁸⁸.

Forçoso concluir que, ao fornecer dados contra si, o acusado (e também preso provisório em caso de delação precedida de cárcere) faz com

¹⁸⁶ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de processo penal: comentários consolidados e crítica jurisprudencial**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 446.

¹⁸⁷ BITTAR, Walter Barbosa. **Delação premiada: direito estrangeiro doutrina e jurisprudência**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 192.

¹⁸⁸ SILVA, Eduardo Araujo da. **Crime organizado: procedimento probatório**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 71.

que o trabalho a ser realizado pela polícia investigativa ou pela promotoria, se reduza a simplesmente confirmar o afirmado pelo delator. Se a confissão não ocorre – via de consequência a delação - não há o que Thompson chama de “elemento central”, o que retira a possibilidade de coordenar os trabalhos de persecução em um sentido previamente determinado, podendo gerar processos vagos, de sentido e direções, que conduzam à conclusões diversas, não coesas¹⁸⁹.

A livre manifestação intelectual do acusado é garantida, mas existem permissivos legítimos que se mostram utilizáveis, que são restrição à vedação da autoincriminação. Essa faculdade de não se autoincriminar não deve ser vista como uma artimanha do acusado para furtar-se de uma condenação. Porém, estas permitidas restrições precisam observar os direitos fundamentais, buscando essencialmente a proteção do indivíduo, consolidando-se como garantia no processo penal¹⁹⁰.

Como já mencionado no capítulo anterior, é preciso observar que, na busca da verdade, não pode o juiz aceitar a produção de provas que violem o direito do acusado ao silêncio. Há, porém, variações nos ordenamentos jurídicos sobre o que é tido como uma violação a este direito, assim como aos demais direitos fundamentais¹⁹¹.

Prado, ao discorrer sobre o tema, amparado no garantismo, esclarece:

É bom que se diga que vigência e existência das normas para nós filiados ao pensamento que impera no seio do garantismo penal, estão relacionadas à simples legalidade das formas e fontes das normas jurídicas, enquanto a validade depende da estrita taxatividade

¹⁸⁹ THOMPSON, Augusto. **Quem são os Criminosos? O Crime e o Criminoso: Entes Políticos**. 2 edição. Ed. Lumen Juris. Rio de Janeiro. 2007. p. 80-81.

¹⁹⁰ MARTELETO Filho, Wagner. **O direito à não autoincriminação no processo penal contemporâneo: investigação genética, interceptações telefônicas e ambientais, agentes infiltrados e outros problemas**. Belo Horizonte: Del Rey. 2012, p. 37.

¹⁹¹ QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo: (o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal)**. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 45.

de seus conteúdos, como resultado da conformação delas às garantias¹⁹².

O devido processo penal se mostra na aplicação ao caso concreto, com normas preexistentes que não sejam desarrazoadas ou injustas, onde seja literalmente expressão do direito, assegurando para as partes paridade de armas por conta da igualdade substancial, que surge quando existe um equilíbrio entre os envolvidos na realidade processual¹⁹³.

Para essa análise, pretende-se o estudo de alguns direitos e garantias, ressaltando que na seara penal, o processo deve conter instrumentos de garantias de direitos por conta da gravidade dos fatos envolvidos na ação e do quanto que este todo repercute na sociedade.

Por isso, há que se ter sempre presente que o processo ideal é o que contemple o devido processo legal, visto que este preserva a sociedade quando desloca os interesses conflitantes para o plano jurídico-institucional, onde não deve predominar (ao menos não deveria) a razão do mais forte ou mesmo o que pensa a maioria, mas sim o que resta determinado em lei, na regra constitucional¹⁹⁴.

O princípio da legalidade penal busca determinar ao mínimo, o uso e gozo pelo cidadão de seus direitos, exigindo que haja a lei de forma prévia. Limita o poder, impede interferências ilegítimas e imprecisas, condicionando a estrutura do ordenamento jurídico à Constituição, sendo legítimo o que confere com a legalidade¹⁹⁵.

Não se pode olvidar que, como tem obrigações e regras, o preso, por óbvio, também tem direitos. Salo de Carvalho diz que apesar de o constituinte ter disciplinado restrições quanto aos presos, de igual forma, criou

¹⁹² PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório. A conformidade constitucional das leis processuais penais**. 3. ed. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2005. p. 90.

¹⁹³ TUCCI, Rogério Lauria. **Teoria do direito processual penal: jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático)**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002. p. 202-203.

¹⁹⁴ PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório. A conformidade constitucional das leis processuais penais**. 3. ed. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2005. p. 88.

¹⁹⁵ CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias**. 3 ed. Ed. Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2008. p. 98-99.

direito e garantias inalienáveis e indisponíveis, que, no entanto, são difíceis na sua concretização em razão das atitudes dos operadores jurídicos¹⁹⁶.

Interessante ter em mente que a elaboração da norma jurídica é influenciada pelo sistema político e pela ideologia vigente na respectiva classe social dominante em cada sociedade, conseqüentemente, a elaboração da lei não resta isenta dos reflexos sociais, não sendo neutra.

Lavre-se aqui, que no processo se exige a paridade de armas entre as partes, é o que observa o devido processo legal. No entanto, em se tratando de delação, se percebe claramente que não há igualdade entre as partes negociadoras. Portanto, acordos propostos pelo Ministério Público bem como pelo magistrado, em ocorrendo, devido à natureza do ato, devem ser nulos¹⁹⁷.

Alf Ross tem uma definição interessante sobre a igualdade. Menciona o autor que “[...] o requisito de igualdade encerra unicamente a exigência de que ninguém, de forma arbitrária e sem razão o suficiente para isso, seja submetido a um tratamento que difere daquele que se dá a qualquer outra pessoa”¹⁹⁸.

Saliente-se que os direitos fundamentais de liberdade e igualdade não estão comportados na esfera de competência estatal, são direitos subjetivos individuais que concedem ao indivíduo uma autonomia decisória¹⁹⁹.

Ingo Sartlet em uma manifestação sobre os excluídos que são vítimas de violências (das mais variadas espécies) por conta da opressão social e econômica, e que não figuram como reais detentores de direitos públicos subjetivos, não sendo de igual forma considerados sujeitos de direitos porque excluídos da proteção e garantia dos direitos fundamentais, declara

¹⁹⁶ CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias**. 3 ed. Ed. Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2008. p.159.

¹⁹⁷ BITTAR, Walter Barbosa. **Delação premiada: direito estrangeiro, doutrina e jurisprudência**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 192.

¹⁹⁸ ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. Tradução: Edson Bini. Bauru. São Paulo: EDIPRO, 2000. p. 315.

¹⁹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 47, 2004. p. 73.

entender haver um dissenso existente no Estado Democrático de Direito, mencionando que:

Assim, percebe-se que a redução do Estado, que, de há muito – especialmente sob a forma de Estado Democrático (e Social) de Direito – transitou do papel de “vilão” (no sentido de principal inimigo da liberdade individual) para uma função de protetor dos direitos dos cidadãos, nem sempre significa um aumento da liberdade e fortalecimento da democracia²⁰⁰.

Veja-se que a realidade processual se distancia e muito desse ideal de igualdade, a começar pelo inquérito policial, que se volta à busca da culpa e não à busca de provas de uma possível inocência que poderia vir favorecer um indiciado/acusado. Aliás, já se tem como certo que o inquérito colherá provas para incriminar.

A despeito desta característica prática das agências judiciais, a consequência é que a igualdade não pode ser vista e percebida na existência de ato quando potencialmente afeto à acusação sua iniciativa e que resta condicionado à apreciação e valoração de referidas agências, que esperam convenientemente, adequar os elementos informativos obtidos na delação às provas já colhidas, ou vice versa, especialmente quando se tem estigmatizado, na pessoa do indiciado/acusado, um inimigo.

Para melhor compreensão, impreterível aqui colacionar o entendimento de Geraldo Prado quanto ao tratamento dado à prova na prática dos tribunais.

A prova penal conforme é tratada cotidianamente, na maioria dos casos, nada mais serve do que de pretexto para justificar discursivamente condenações que parecem cumprir o vaticínio dos oráculos da mídia tradicional ou da retórica do senso comum. As condenações fundamentam-se em provas apesar de não estarem fundamentadas em provas! Constata-se com facilidade o alto grau de colonização inquisitorial do processo penal brasileiro quando percebem-se as permanências inquisitoriais no dispositivo processual. O convencimento judicial é elevado à categoria superior e a sua liberdade – o “livre convencimento” – configura dogma

²⁰⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 47, 2004. p. 66.

protegido dos avanços técnicos e científicos orientados à comprovação da existência dos fatos penalmente relevantes²⁰¹.

Numa concepção jurídico-processual, a prova é um sistema aberto, que implica em várias formas de conhecimento, agindo de modo persuasivo e relativo. Não admitir provas obtidas ilegalmente (ilícitas) é primar pela racionalidade. Este princípio segue previsto no artigo 5º, inciso LVI, da Constituição da República, que limita a produção da prova no respeito aos direitos fundamentais²⁰².

Segundo Casara “a prova ilegal (ou prova vedada) é gênero (*Nuvolone*) do qual são espécies a prova ilícita (em sentido estrito), ou seja, a obtida com violação a regras e princípios de direito substancial, e a prova ilegítima, isto é, a obtida com violação a regra ou princípio de direito processual”²⁰³.

Se produzida por meio ilícito, a prova é nula, por conta da Constituição Federal que a invalida. Ou seja, ilícito é o meio, o instrumento utilizado para obter a prova, que em si, não é ilícita. O meio pelo qual a prova se traduz é que está contaminado por vício de forma ou de origem, e, entre os vícios de origem estão a coação moral, física e a tortura, que violam direitos materiais²⁰⁴.

Cumprido lembrar que no Brasil admite-se, sem muita oposição, que se utilize a prova ilícita, ainda que haja vedação, desde que favorável ao acusado. Isso acontece por conta do princípio da ampla defesa. No entanto, a utilização de provas ilícitas *pro societate* tem sido admitida em razão do princípio da proporcionalidade²⁰⁵, em que a vedação constitucional do uso de

²⁰¹ PRADO, Geraldo. **Direito penal e política criminal**. Recurso eletrônico. Organização: Fabio Roberto D’Avila; Daniel Leonhardt dos Santos. Dados eletrônicos. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2015. p. 211.

²⁰² CASARA, Rubens R R; Melchior, Antonio Pedro. **Teoria do processo penal brasileiro: dogmática e crítica vol. I: conceitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 343-345.

²⁰³ Ibid., p. 345.

²⁰⁴ MENDRONI, Marcelo Batlouini. **Provas no processo penal: estudo sobre a valoração das provas penais**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p.106-107.

²⁰⁵ Princípio da proporcionalidade: é implícito no sistema constitucional brasileiro e tem caráter instrumental, ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana, tendo nele seu limite.

provas ilícitas, em nome da defesa social, resta então afastada. A valoração das provas, por ser uma atividade intelectual, precisa vir amparada em garantias que visem à redução de subjetividades, provocando impedimentos para o decisionismo²⁰⁶.

Mas perceba-se uma questão importante quando da avaliação da prova. Em se tratando de delação premiada, necessário ter presente que a incriminação do corréu vem acompanhada (ainda que não de forma expressa) de um “código de honra” existente entre os delinquentes, que também tem a “cereja do bolo” - o troco (vingança/revanche). Por isso, em caso de delação, a prova deve ter especial atenção e alto grau de valoração²⁰⁷.

Dada a importância do conteúdo probatório constante em uma delação, há quem advogue que, em razão da proporcionalidade, os fins justificam os meios e, mesmo que obtidas por modos e meios não convencionais, este tipo de prova deve ser aceito. Nesta linha de pensamento Mendroni salienta que “[...] há provas que, em que pese tenham sido produzidas por meio ilícito, por conta do princípio da proporcionalidade acabam sendo aceitas. Como se busca a verdade objetiva, se analisa o seu conteúdo, se pode ser capaz de provar um fato determinado”²⁰⁸.

Para compreender este desvio dos objetivos constantes da norma expressa, Ishida destaca que existem três teorias. A terceira se coaduna com a doutrina dominante brasileira:

1. admite a prova ilícita, pois só há vedação expressa da prova ilegítima; 2. inadmite-a, principalmente por contrariar a Constituição; 3. busca o equilíbrio, baseado na teoria da razoabilidade americana. Teoria do interesse preponderante: defesa de um princípio constitucional ou a perseguição e punição do criminoso? [...] Admite-se amplamente a favor do acusado, mas discute-se sua aplicação para a acusação. Apontam-se alguns

NUNES, Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 49.

²⁰⁶ CASARA, Rubens R R; Melchior, Antonio Pedro. **Teoria do processo penal brasileiro: dogmática e crítica vol. I: conceitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 331-332.

²⁰⁷ MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Provas no processo penal: estudo sobre a valoração das provas penais**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 116.

²⁰⁸ *Ibid.*, p. 110.

requisitos: necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito [...] ²⁰⁹.

Nosso Código de Processo Penal inadmite a prova ilícita (Lei no 11.690, de 09 de junho de 2008). Todavia, há exceções que são admitidas pela doutrina e a jurisprudência, como é o caso de prova ilícita que possa beneficiar a defesa, na compreensão de que é preferível ter um direito constitucional violado a ceifar a liberdade de um inocente, amparando essa linha de entendimento na ampla defesa do réu ²¹⁰.

A busca da verdade real, como visto no primeiro capítulo deste trabalho, encontra limitações, não admitindo a prova proibida, que se traduz naquela prova ilegal, eis que ultrapassa limites aceitáveis impostos pelo ordenamento jurídico. A Constituição Federal/88, em seu artigo 5º, LVI diz: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”, onde a prova proibida (ilegal) é o gênero e a prova ilícita e ilegítima são espécies²¹¹.

Para Rangel, “[...] no Estado Democrático de Direito, os fins não justificam os meios. Não há como se garantir a dignidade da pessoa humana admitindo uma prova obtida com violação às normas legais em vigor” ²¹².

Porém, a proteção de bens jurídicos legitima o Estado a intervir e, nestas suas intervenções, pode haver a desproporcional afetação de um direito fundamental, restando então a aplicabilidade do princípio da proporcionalidade como um limite para que não se cometam excessos²¹³.

Realmente a Constituição brasileira não prevê de forma expressa o princípio da proporcionalidade, mas isso não lhe retira o caráter de ser

²⁰⁹ ISHIDA, Válter Kenji. **Processo penal: Incluindo as Leis no 12.654, de 28 de maio de 2012, no 12.694, de 24 de julho de 2012, que instituiu o juízo colegiado em primeiro grau, no 12.714, de 14 de setembro de 2012, e no 12.736, de 30 de novembro de 2012.** 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p.139.

²¹⁰ Ibid., p.140.

²¹¹ Ibid., p. 133.

²¹² RANGEL, Paulo. **Investigação criminal direta pelo Ministério Público: visão crítica.** 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2016. p. 79.

²¹³ SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência.** Revista Brasileira de Ciências Criminais. Vol. 47, 2004. p. 79-80.

imposição em qualquer sistema que existam garantias fundamentais. É elementar e indispensável quando surgem conflitos ou colidências de princípios²¹⁴.

[...] o princípio da proporcionalidade desdobra-se em três aspectos: a) adequação. Por ela, diz-se que o meio a ser escolhido deverá, em primeiro lugar, ser adequado visando o atingimento do resultado almejado. Adequação, portanto, implica conformidade e utilidade ao fim pretendido; b) exigibilidade. O meio deve ser o mais brando, mais suave, dentre aqueles que se apresentam disponíveis, no intuito de preservar ao máximo os valores constitucionalmente protegidos. Isto é, deve-se procurar atingir no mínimo os valores garantidos constitucionalmente que tenham entrado em colisão com o princípio prevalecente; e, c) proporcionalidade em sentido estrito. Deve-se empregar o meio que se mostrar mais vantajoso para a promoção do princípio prevalecente, mas sempre buscando desvalorizar ao mínimo os demais²¹⁵.

Devem então as cautelares privativas de liberdade se submeter ao princípio da proporcionalidade que as deve guiar. Em sendo desarrazoada ou desproporcional, estar-se-á diante de uma medida que tem caráter punitivo quanto ao excesso, desprovida de cautelaridade²¹⁶.

É regra que o cárcere provisório deva submeter-se à proporcionalidade. Este tipo de medida cautelar precisa ser motivada por fins idôneos, proporcional à gravidade dos fatos de qual decorre sua necessidade, para não ser onerosa, nem ser um sacrifício de direitos do imputado. Mostra-se evitável caso possa ser contemplado no caso outra medida também eficaz para o processo, onde deve se proceder uma avaliação sobre a relevância de sacrifício dos direitos (liberdade e presunção de inocência) diante do conflito entre eles e a eficácia na administração da justiça quando da persecução criminal²¹⁷.

²¹⁴ NUNES, Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 55.

²¹⁵ Ibid, p. 57.

²¹⁶ MENDONÇA, Andrey Borges de. 1979. **Prisão e outras medidas cautelares pessoais**. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: Método, 2011. p. 40.

²¹⁷ SANGUINÉ, Odone. **Prisão cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. Inclui bibliografia ISBN 978-85-309-5815-2

O devido processo legal tem sentido muito amplo, contemplando outros institutos. É “célula mater” de outros direitos que dele decorrem de forma lógica, é gênero, e os outros princípios constitucionais são espécies ²¹⁸.

Implica em respeitar as partes, respeitar a igualdade, podendo o sujeito perceber que ali reside um limite ao poder punitivo.

O devido processo legal não pode tão somente ser reduzido a contemplar ser consagração de um processo penal de partes, com tratamento igualitário, onde o réu seja um verdadeiro sujeito de direito e não mero objeto de investigação. Ele é limitação ao poder punitivo frente ao respeito as cláusulas constitucionais, que estas tenham alcance substantivo, não servindo o punir a qualquer custo, com respeito as regras básicas, para que tenham máxima efetividade, onde exige-se aferir a razoabilidade na restrição de qualquer direito ²¹⁹.

Está previsto no art. 5º, LIV, da Constituição Federal e tem dois sentidos. Um é o sentido material, que tutela a vida, a liberdade, a propriedade e a edição de normas razoáveis. O outro, o sentido formal, significa dizer que o processo precisa seguir conforme a lei, observando a publicidade, a imparcialidade e a justiça. Dentre as garantias decorrentes deste princípio está assegurada a ampla defesa, incluída defesa técnica ²²⁰.

A prisão cautelar é exceção, e como tal, decorre de uma noção mais abrangente do direito e não somente que seja próprio do sistema acusatório, (posição aceita majoritariamente pela doutrina, como imposto constitucionalmente). Para Vasconcelos é “[...] uma opção por um processo penal democrático constitucionalmente e convencionalmente orientado.” Assim, descabe utilizar-se somente do conceito decorrente do sistema acusatório para justificar, representar e reclamar uma série de direitos, dentre eles a exceção

²¹⁸ MOSSIN, Heráclito Antônio, **Garantias fundamentais na área criminal**. Barueri São Paulo. Manoele 2014. p. 19.

²¹⁹ RANGEL, Paulo **Investigação criminal direta pelo Ministério Público: visão crítica**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2016. p. 79.

²²⁰ MESSA, Ana Flávia. **Curso de direito processual penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p.114-115.

da restrição da liberdade, sob pena de perderem-se na tentativa de buscar sua preservação e proteção²²¹.

O réu, ou o indiciado/investigado, ao submeter-se a um processo de conhecimento para aferir sua culpabilidade, fica exposto também, ao acolhimento de um pedido de privação de liberdade, um despacho que acolhe ou não essa pretensão.

No entanto, uma restrição de liberdade, em face do princípio da presunção de inocência, antes do trânsito em julgado, é reclusão inconstitucional e injurídica. Mas, permite-se no processo penal brasileiro o encarceramento do indivíduo em caso da denominada medida cautelar pessoal²²².

Imperativa aqui a assertiva de Rangel, quando menciona que “[...] a investigação não é para se achar, custe o que custar, um culpado, muito menos para que o membro do Ministério Público, responsável pela investigação, tenha os holofotes da mídia sobre si, mas sim para se garantir ao investigado e à sociedade que as regras estabelecidas na Constituição serão observadas²²³”.

Condenável, pela presunção de inocência e o pelo princípio acusatório, o uso da prisão cautelar como instrumento para pressionar ou intimidar o imputado, a fim de lhe arrancar uma confissão ou forçá-lo a colaborar para descobrir as facetas e a autoria de um crime.

Inegável que esta estratégia gera um grande salto na investigação, especialmente pela obtenção de provas (interrogatório ou confissão de suspeitos) diante de uma falta de colaboração que possa ter ocorrido por qualquer agente envolvido no delito. Porém, a conduta de não colaborar, não pode ser tida como uma atitude de obstrução da instrução criminal, que

²²¹ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Direito penal e política criminal**. Recurso eletrônico Organização: Fabio Roberto D’Avila; Daniel Leonhardt dos Santos. Dados eletrônicos. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2015. p. 761-762.

²²² MOSSIN, Heráclito Antônio. **Garantias fundamentais na área criminal**. Barueri. São Paulo: Manoele, 2014. p. 20.

²²³ RANGEL, Paulo. **Investigação criminal direta pelo Ministério Público: visão crítica**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2016. p. 90.

legitimaria a prisão cautelar, que, se nestes moldes, adquire função inquisitorial, ultrapassa os limites constitucionais, o direito ao silêncio e o privilégio contra a autoincriminação e colocaria, ademais, a investigação criminal muito próxima a uma espécie de tortura disfarçada, consubstanciando-se a um tratamento desumano ou degradante²²⁴.

Na contramão deste entendimento, Heráclito Antônio Mossin justifica que as cautelares, que determinam o cárcere, não se traduzem em medidas inconstitucionais. Referido autor considera que o princípio de presunção de inocência somente merece ser aviltado e ter relevância quando da condenação. Em suas palavras:

Sem o menor resquício de dúvida, para efeito de melhor esclarecimento, as prisões supraditas, tendo em vista os fins buscados pelo legislador, quer no âmbito da investigação, quer nos termos do processo penal, não ofendem o princípio constitucional da presunção de inocência, porquanto ele somente guarda pertinência com o processo de conhecimento condenatório em termos de decisão de mérito, não tendo nenhuma incidência quando se cuida de encarceramento decorrente de medida cautelar pessoal, que, invariavelmente, se mostra plenamente adequada para os fins persecutórios, tanto no nível do inquérito policial, como no da ação penal, notadamente no campo da prova, na preservação de interesse coletivo e na própria garantia da eficácia do julgado²²⁵.

Tem ele que o art. 5º, LXI, da Constituição Federal, que determina que ninguém será preso senão em flagrante ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade competente, significa dizer que constitucionalmente se evita a possibilidade de qualquer tipo de ilegalidade de prisão cautelar, sendo que serão efetivadas somente se determinadas por autoridade judiciária e fundamentadas na Constituição Federal (art. 93, IX, da CF), ao que se presume que a liberdade será respeitada e protegida sempre²²⁶.

²²⁴ SANGUINÉ, Odone. **Prisão cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. Disponível em: <http://www.upf.br/biblioteca/acervo-virtual/bibliotecas-virtuais>. ISBN 987-85-309-5815-2. Acesso em: 10/02/2017.

²²⁵ MOSSIN, Heráclito Antônio. **Garantias fundamentais na área criminal**. Barueri. São Paulo: Manoele, 2014. p. 21.

²²⁶ *Ibid.*, p.21.

Respeita-se este entendimento sem, no entanto ter o mesmo como inquestionável. Com reservas, é certo que regras constitucionais buscam inibir ilegalidades. Mas não têm podido evitar arbitrariedades como a persuasão “nada racional” quando da delação.

Diante do que ora se discute, é possível afirmar que este trabalho, que se volta especificamente à delação precedida de cárcere, se insere na atual conjuntura processual, estrutura que depende da compreensão crítica da política criminal, em uma análise contemplada sob o olhar do preso provisório, seus direitos, seus valores e suas limitações.

A despeito desses discursos, não se pode deixar de ter presente que a motivação das cautelares é que torna justificável este ato jurídico. Se utilizar deste modo de prisão para induzir o aprisionado a contribuir com a investigação é medida evitada de arbitrariedade. Daí surge um modo de inconstitucionalidade da prisão cautelar.

O fim autônomo de satisfação de necessidades probatórias atribuí à prisão provisória finalidade oposta à estritamente cautelar, isto é, como um meio tão desproporcionado e injusto como o seria sua imposição às testemunhas. O silêncio do imputado em causa própria é considerado um “dado processualmente neutro” no plano probatório, razão pela qual uma conduta não colaborativa do imputado não pode legitimar um prognóstico desfavorável sobre o perigo de fuga ou de reiteração delitiva. A recusa do imputado a colaborar, por meio do direito ao silêncio, não pode, portanto, dar lugar a nenhuma sanção, nem constitui uma circunstância idônea a legitimar a aplicação ou manutenção de qualquer medida coercitiva²²⁷.

Então não se poderia admitir a privação da liberdade mediante a cautelar, frente ao princípio da presunção de inocência. Mas diante da verossimilhança da prática de um crime e face à necessidade de proteção de outros determinados bens jurídicos, também constitucionalmente tutelados, muitas vezes é necessário que ocorram restrições. Como nenhum princípio é absoluto, este também não o é, e cede diante de bens de igual importância que

²²⁷ SANGUINÉ, Odone. **Prisão cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. ISBN 978-85-309-5815-2. Disponível em <http://www.upf.br/biblioteca/acervo-virtual/bibliotecas-virtuais>. Acessado: 10/02/2017.

merecem ser protegidos, como a segurança social, a verdade real ou a própria perseguição, mas nunca deve a cautelar figurar como pena, com “caráter retributivo, preventivo-geral ou preventivo-especial”²²⁸.

Antecipar os efeitos de uma futura sentença é vedado. Só é possível condenação com provas efetivas de sua responsabilidade, provas estas que são ônus da acusação, sem possibilidade de sua inversão, isso decorre do princípio da inocência.

Mas para alguns doutrinadores a aplicação deste princípio é maior (e isso é entendimento majoritário), já que estabelece também uma regra de tratamento, pela qual o acusado não pode ser tratado, durante o processo, como se já tivesse sido condenado²²⁹. “[...] Toda e qualquer medida cautelar imposta sem referida cautelaridade será, em verdade, camuflada tentativa de antecipação da pena”²³⁰.

Ou seja, para a aplicabilidade de qualquer medida cautelar é necessária uma motivação que permita o controle do ato, bem como permita avaliar e confirmar a justiça na imposição da medida. Tem natureza instrumental e deve ser específica para cada réu, pois garante direitos fundamentais, implicando em determinar ou não a eficácia e validade de referidas decisões. A falta de motivação é transgressão constitucional, não podendo ser ela com base em dados abstratos, impalpáveis e nada concretos, eis que se assim for, dificulta-se a defesa contra este ato²³¹.

Rangel exemplifica e lamenta o que acontecia quando de um Estado opressor, nada democrático e de época não muito distante,

[...] em que as pessoas eram privadas de sua liberdade sem saber por que e desapareciam acusadas de subversão da ordem pública. Inclusive, submetidas à tortura para que confessassem a prática de crimes políticos que nunca cometeram, mas, diante do tratamento

²²⁸ MENDONÇA, Andrey Borges de. 1979. **Prisão e outras medidas cautelares pessoais**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011. p. 36 - 38.

²²⁹ Ibid., p.34.

²³⁰ Ibid., p. 36.

²³¹ Ibid., p. .70-71.

desumano a que eram submetidas, acabavam confessando fatos que jamais praticaram [...].²³²

Retroceder ao aceitar motivações descabidas, genéricas e de forma a não explicitar de forma plena e justificável a necessidade de um cárcere provisório é conformar-se com transgressões ao direito, que por serem perpetradas pelo Estado, são muito graves.

Não se pode deixar de ter sempre em mente que se vive no Brasil em uma democracia e neste sentido a tortura, de qualquer forma espécie deve ser repudiada, combatida, muito mais se for utilizada de forma mascarada, vindo justificada em atos tomados por quem deveria primar pela justiça, como a polícia, o judiciário e Ministério Público.

Ora, toda a prova obtida por meios ilícitos é prova vedada, e se valorada na sentença, enquadrar-se-á como um vício insanável, o que determina a nulidade da prova. Assim, não basta democracia formal que legitime o poder. Ele precisa ser dotado de garantias fundamentais e respeito aos direitos:

A Carta Magna, no seu art. 5o, inc. LVI, apresenta óbice à toda e qualquer prova, determinando a inadmissibilidade das provas que sejam obtidas por meios ilícitos. Esse fator limítrofe freia possíveis arbítrios e assegura garantias constitucionais. Existem assim as provas vedadas, (proibidas) que é o gênero, do qual são espécies: As provas ilícitas: são aquelas que violam disposições de direito material ou princípios constitucionais penais. Ex.: confissão obtida mediante tortura (Lei n. 9.455/97). [...] As provas ilegítimas: violam normas processuais e os princípios constitucionais da mesma espécie. Ex.: laudo pericial subscrito por apenas um perito não oficial. [...] As provas irregulares: para parte da doutrina, seriam irregulares as provas permitidas pela legislação processual, porém obtidas em desacordo com as formalidades por ela exigidas [...].²³³

Prender cautelarmente um sujeito, na busca de sua cooperação, no intuito de induzi-lo à confissão é ato irregular. (artigo 1.1 da Convenção da

²³² MENDONÇA, Andrey Borges de. 1979. **Prisão e outras medidas cautelares pessoais**. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: Método, 2011. p. 79.

²³³ TÁVORA, Nestor; Vinícius Assumpção. **Processo penal II: provas – questões e processos incidentes**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 21.

ONU de 10 de Dezembro de 1984, art. 5º. 2 e 8º.2, alínea “g”, da CADH, e incisos III, LIV, LV, LVII e LXII do art. 5º, da Constituição Federal) Ainda que sejam nobres as razões que levam juízes à esta prática, não se pode admitir processo penal moderno em que a verdade seja buscada ou obtida a qualquer preço.²³⁴

A excepcionalidade de aplicação da prisão provisória, somada à presunção de inocência, deve ser tida também como regra de tratamento que determina não poder o indivíduo ser considerado culpado - ao que não merece ser castigado por meio da prisão cautelar – e implica também em não poder ser esta utilizada como retribuição de uma infração que ainda não está devidamente definida e provada. Quiçá utilizar-se deste tipo de prisão com o fim de impulsionar a investigação do delito, para a obtenção de provas e para a confissão eis que, se utilizada para estes fins, esta privação de liberdade excede sobremaneira os limites constitucionais²³⁵.

Fauzi Hassan Choukr sugere, para os que acreditam numa delação que não atente contra a moral – e o cotidiano mostra que esta postura está longe de se idealizar - é preciso uma redefinição da matéria. O trilha, para os que acreditam que esse instituto seja realmente útil, tanto ao processo, como para a investigação, seria “[...] conferir imunidade plena ao colaborador na fase inquisitiva (aí sim agregando-se que essa colaboração tenha resultado na identificação dos demais coautores ou partícipes da ação criminosa, na localização da vítima com a sua integridade física preservada e na recuperação total ou parcial do produto do crime), com a possibilidade de o Ministério Público não denunciá-lo e poder ouvi-lo como testemunha, e não como réu.”²³⁶

No processo inquisitório, tem-se como ancoradouro e fomento de sua instrumentalidade alguns argumentos falaciosos, como a busca da verdade real ou absoluta, ao que faz da prisão cautelar regra geral, deixando à

²³⁴ SANGUINÉ, Odone. **Prisão cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. ISBN 978-85-309-5815-2. Disponível em http://www.upf.br/biblioteca/acervo-virtual/bibliotecas_virtuais. Acessado: 10/02/2017.

²³⁵ Ibid., Acessado: 10/02/2017.

²³⁶ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de processo penal: Comentários consolidados e crítica jurisprudencial**. 6ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 452.

disposição do inquisidor o corpo do delinquente, podendo valer-se da tortura [...] que se for “bem” utilizada conduzirá à confissão. Uma vez obtida a confissão, o inquisidor não necessita de mais nada, pois a confissão é a rainha das provas”²³⁷.

Veja-se que obter uma confissão, que não venha revestida de toda segurança e garantias ao confitente/delator, com a inobservância da dignidade humana, resta como uma clara atitude inquisitória.

A Carta Magna menciona que são inadmissíveis as provas obtidas por meios ilícitos, as confissões e depoimentos que são obtidos por modos condenáveis, não devendo ser admitidos, porque afrontam a dignidade humana e os direitos fundamentais do indivíduo²³⁸.

Sobre ter como normal as provas eivadas de ilicitude com as mais diversas justificações para sua aceitação, Coutinho se manifesta:

[...] quando a consciência social e a concepção política fazem variar as soluções, esvai-se logo a impessoalidade e, neste compasso, resta aos cidadãos conviver com a fulanização do processo penal, porque lhe deixa de ser uma garantia para se tornar uma ameaça indevida²³⁹.

As provas obtidas por meio ilícitos se produzem e os responsáveis pela sua produção, apesar de parecer não sofrer limites, podem sofrê-los por conta de preceitos secundários, como a tortura, que prevê penas elevadas para quem a realiza. Devem, no entanto ser postas em prática estas responsabilizações, através do devido processo penal, ocasionando a punição dos responsáveis a fim de que se tenha uma cultura que não viole as regras limitantes de agir ilícito, que dê eficiência para a Constituição Federal/88²⁴⁰.

²³⁷ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 69.

²³⁸ TOURINHO Filho, Fernando da Costa. **Processo penal**. 19ª. ed. rev. e atual. 3. vl. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 232.

²³⁹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda **Direitos humanos e fundamentais em perspectiva**. Cláudio Brandão, coordenador. São Paulo: Atlas, 2014. Bibliografia. ISBN 978-85-224-8832-2. Disponível em <http://www.upf.br/biblioteca/acervo-virtual/bibliotecas-virtuais>Vários autores. p. 489. Acessado em 22/02/2017.

²⁴⁰ *Ibid.*, p. 490. Acessado em 22/02/2017.

Em virtude da admissibilidade de prova decorrente da difundida delação premiada e sua utilidade compreendida dentro do processo ou da investigação, e ainda, a fim de cumprir e observar o devido processo legal, necessário compreender a política criminal, em específico quando voltada na objetividade das prisões cautelares, na justificação e validação do poder, na sujeição do ser humano pelo seu igual.

Assim, o próximo subtítulo busca trazer elucidações sobre porque e como funciona a política criminal quando cárcere prematuro.

2.2 A política criminal, as prisões cautelares e suas motivações contempladas com olhar à delação premiada.

Em que pese tenha seu papel relativizado por conta do sistema econômico, que torna a lei subalterna, o Direito ainda é utilizado como um símbolo de limitação de poder, eis que assegura ao homem direito inalienável e oponível num pacto social, que prestigia certos valores como liberdade, igualdade e legalidade dentre outros. Ele efetivamente está sempre presente nas relações de convivência, marca a nossa existência, regulando as relações sociais²⁴¹.

Numa análise crítica, o direito posto, ajustado aos ideais de justiça e aos ideais jurídico-penais, analisa modos e meios de prevenir, de controlar e combater a criminalidade, ao que o processo penal se mostra instrumento da política criminal, de combate ao crime²⁴².

É a criminologia que legitima o instrumento punitivo, produz saberes, busca a reintegração social, realiza pesquisas e intervém nas políticas criminais, tendo, portanto, respaldo junto ao poder. Para Salvador Netto “a

²⁴¹ PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório. A conformidade constitucional das leis processuais penais**. 3. ed. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2005. p. 39-41.

²⁴² MESSA, Ana Flávia. **Curso de direito processual penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 90.

criminologia é um saber empírico que tem por objeto o estudo do crime e do controle social, assim como dos sujeitos afetados pelo sistema de controle ou que nele atuam (vítima, polícia, funcionários da justiça e sentenciados)”²⁴³.

De acordo com MESSA, criminologia é:

[...] um conjunto de conhecimentos sobre o fenômeno e as causas da criminalidade, a personalidade do delinquente, sua conduta delituosa e a maneira de ressocializá-lo (Sutherland). É formada por três partes: 1) antropologia criminal (estuda o modo fisiopsíquico do delinquente); 2) psicologia criminal (estuda a estrutura psicológica do agente); 3) sociologia criminal (estuda as causas sociais ou ambientais da criminalidade)²⁴⁴.

Não descartando as demais partes que compõem a criminologia, este trabalho se aterá à política criminal. Não há como pensar a sociedade sem ter presente o Estado social e as relações de poder que se estruturam por conta da vida em sociedade.

Thompson ressalta que o saldo final disto é diferenciação social, da qual ninguém escapa.

Só na mais cândida das abstrações será viável conceber alguém capaz de enxergar o grupo humano sem fazê-lo através da intermediação de representações de valor, as quais estarão permeadas da influência da posição do sujeito no que concerne ao conflito de interesses entre as classes sociais. Em suma, na sociedade há um permanente jogo de poder, em função de cujo resultado determinados grupos serão aquinhoados ou prejudicados com referência as variáveis antes apontadas - riqueza, propriedade, etc. - e qualquer pessoa, ainda que se pretenda cientista, sofrerá a influência do lugar ocupado relativamente ao jogo do poder, quando procurar refletir sobre a realidade na qual está imersa²⁴⁵.

A propagação do discurso do imperativo endurecimento das penas, que é tido para solucionar o problema da segurança pública, implica em

²⁴³ SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo **Criminologia e os problemas da atualidade**. Organizadores: Alvino Augusto de Sá; Sérgio Salomão Shecaira. São Paulo: Atlas, 2008. p. 264. Disponível em <https://integrada.minhabiblioteca.com.br>. Acessado: 20/01/2017.

²⁴⁴ MESSA, Ana Flávia. **Curso de direito processual penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 89.

²⁴⁵ THOMPSON, Augusto. **Quem são os Criminosos? O Crime e o Criminoso: Entes Políticos**. 2. ed. Ed. Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2007. p. 27.

alargamento do Direito Penal, o que foge e desafia princípios como o da proporcionalidade, subsidiariedade e, em especial, o da intervenção mínima²⁴⁶.

A política criminal que é adotada pelo Estado brasileiro, prevê a intervenção mínima, e, embora pugne por esta, acaba por desenvolver medidas, permitir atitudes e atividades voltadas para a máxima intervenção, agindo efetivamente neste sentido.

Assim é inegável que a estrutura processual do Estado não atende ao que deveria. Casara considera uma ilusão do povo a confiança no poder punitivo:

A estrutura social contemporânea, aliada à experiência do desamparo, produz e reproduz no sujeito as mais terríveis formas de servidão levando o indivíduo a se ver dependente da eleição de figuras e de instituições supostamente poderosas, capazes de protegê-los das diferentes modalidades de relações sociais. Essas instituições são identificadas nas agências punitivas encarregadas do controle penal (Polícia, Ministério Público e o próprio Judiciário), instituições alçadas, com o auxílio da mídia, à figura altíssima do grande protetor da sociedade em face da “guerra contra o crime”²⁴⁷.

Segundo Rui Cunha Martins, se está diante de organismos que seguem, ainda que desajustados: a falta de efetividade do Estado que fica prestes a desaparecer por conta da fadiga e exaustão; a impositiva e incauta democracia; a dogmática jurídica que na vida se perdeu; o constitucionalismo que não percebe ele mesmo seu fim; os limites que somem por conta da falta de valores e vice versa, mais o processo penal que deverá partir por estar dependente e vitimado pelo garantismo. Todos estão à beira da morte, sobrevivendo porque mudaram em seus objetivos e comportamentos, dispositivos como os quais há um confronto, os mortos “incumpridos”, cuja causa da sobrevivência é o que importa.

A hora é de cadáveres adiados. Organismos dados como mortos e “superados” e que afinal persistem, mais desfigurados ou mais

²⁴⁶ FELIX, Yuri. **Direitos humanos em movimento**. Coordenadores João Armando Moretto Amarante, André Weiszflog. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 347. Disponível em <https://integrada.minhabiblioteca.com.br>. Acessado: 17/02/2017.

²⁴⁷ CASARA, Rubens R R; Melchior, Antonio Pedro. **Teoria do processo penal brasileiro: dogmática e crítica vol. I: conceitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 24.

transfigurados, decidindo políticas, restringindo direitos, forjando alternativas, falhando soluções, numa palavra, em claro modo de operatividade²⁴⁸.

Esclareça-se que a política criminal deve ser diferenciada de política penal, eis que a política criminal é voltada à transformação social e institucional, extraído do instrumento penal, de forma consciente, seus limites e suas consequências. Já a política penal trata de questões que englobam o exercício do poder de punir do Estado, qual seja a lei e sua aplicação, tanto no tempo cognitivo como ao tempo da execução²⁴⁹.

Condutas que impliquem em transgressões com bens de elevado valor social devem ser objeto de intervenção do Direito Penal, e não para toda qualquer atitude desconforme com a lei. Ocupar-se em demasia o direito Penal “[...] somente servem para emperrar a já limitada estrutura do Poder Judiciário, com seus volumes e mais volumes de processos que necessitam a devida prestação jurisdicional”²⁵⁰.

O sistema penal é sistema de poder e a natureza política, não só do Direito Processual Penal como do próprio Direito, é determinante das técnicas judiciais utilizadas, que existem nos moldes exercidos unicamente por critérios ideológicos. Para se ter mudanças, precisa-se agir diferente e pensar de forma desvinculada, não voltada ao sistema inquisitório²⁵¹.

Zaffaroni define a política criminal de forma esclarecedora. Veja-se nas palavras do autor:

La expresión *política criminal* se emplea desde el siglo XVIII en varios sentidos; con su difusión fue perdiendo contenido semántico. En general, predomina um concepto que le asigna la función de

²⁴⁸ MARTINS, Rui Cunha. **A hora dos cadáveres adiados: corrupção, expectativa e processo penal**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 11-12.

²⁴⁹ BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. Tradução: Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002. p. 201.

²⁵⁰ FELIX, Yuri. **Direitos humanos em movimento**. Coord: João Armando Moretto Amarante; André Weiszflog. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 348. Disponibilizado em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br>. Acessado: 17/02/2017.

²⁵¹ PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório. A conformidade constitucional das leis processuais penais**. 3. ed. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2005. p. 116.

establecer cómo debe configurarse la legislación y la jurisprudencia, para proveer una más eficaz *protección* de la sociedad. El pensamiento positivista la consideraba un saber que era útil al legislador, en el sentido de que era *el arte de adaptar a las exigencias de cada pueblo las propuestas de la sociología criminal para la defensa preventiva y represiva*. Desde un ángulo diferente, el derecho penal liberal, para el que el derecho penal derivaba de la razón y la criminología era el *derecho penal filosófico*, la consideró una *doctrina de la práctica legislativa*. Hoy suele considerársela un saber que también tiene importancia para la dogmática jurídico-penal, es decir, que es corriente afirmar que se trata de un saber destinado no sólo a legisladores sino también a intérpretes de la ley y a jueces, pues para el pensamiento penal dominante la política criminal no es -como para Liszt- un saber empírico fundado en la criminología y en la penología (ya que el derecho penal debe poner límites), sino que se la considera inserta en el derecho penal y no enfrentada a éste²⁵².

No entanto, a política criminal que decorre de um Estado que não contempla políticas públicas em benefício da população marginalizada, que se restringe somente a engendrar programas de controle social do crime e da criminalidade, tendo como objeto principal o saber como tratar indivíduos que não seguem as regras básicas para uma convivência social harmônica, não é a mais adequada²⁵³.

Nilo Batista tem certo que a política criminal é determinante para assegurar direitos e garantias, evitando a aplicabilidade de práticas enclavadas na cultura brasileira, não bastando somente existir leis voltadas a coibir estas brutais atitudes. Sugere que aceitar que elas existem e reconhecê-las pode ser a solução que as limite:

As leis, ainda que belas, nada resolvem sem a vontade política empenhada em sua execução. A tortura é alguma coisa profundamente entranhada em nossa história, e talvez o período menos brutal tenha sido aquele no qual a tortura era regulamentada nas Ordenações e estudada em Coimbra. Pelo menos um jurista como Pereira e Souza podia recomendar que "não se deve aceitar a confissão feita entre as dores dos tormentos mas, só a que se faz depois de relaxados", ou ainda que "não deve (o réu torturado) ser perguntado a respeito dos cúmplices do crime"²⁵⁴.

²⁵² ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Derecho Penal Parte General**. 2. ed. Buenos Aires Soc. Anônima Editora, 2002. p. 155.

²⁵³ BITTAR, Walter Barbosa. **Delação premiada: direito estrangeiro, doutrina e jurisprudência**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 63-64.

²⁵⁴ BATISTA, Nilo. **Punidos e mal pagos: violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje**. Rio de Janeiro/RJ. Ed. Revan, 1990. p. 110.

Como mencionado por Bertaso, o direito, com o passar do tempo se revestiu de uma “santidade inédita”, em que a repressão adquiriu dimensões maiores e as consequências (a punibilidade) dos atos, tidos como criminosos, restaram compreendidas como mais merecidas. As prisões passaram a comportar as dores – certamente do infrator e da vítima, como se isso, de forma racional, seja a compensação de um e a retribuição de outro - e o privar da liberdade é o dosador da punição de acordo com a ofensa, visando atingir a alma e não o corpo, como lhe antecedeu no início da Idade Moderna²⁵⁵.

A evolução humana altera a história do crime, sofre influência de movimentos políticos e sociais, constrói o poder, e o cárcere é expressão do “monopólio da força” estatal, sendo a pena um instrumento de controle social. Nas crises capitalistas, as penas endurecem, contendo os que atentam contra o firmado “contrato social”²⁵⁶.

Para entender o verdadeiro sentido de prática penal - que é de natureza antagônica diante do estado de classes - essencial ter presente que os princípios da política penal, que deveriam, em tese, atender os interesses da sociedade em seu todo, na verdade não passam de uma deformação da realidade, ao que a sociedade como um conjunto, surge apenas do imaginário dos juristas, eis que de fato o que existe são classes com interesse opostos e contraditórios²⁵⁷.

Veja-se que o princípio da obrigatoriedade da ação processual penal quer se traduzir (ao menos por muitos estudiosos assim é concebido) como esteio de um processo penal democrático e igualitário. No entanto a prática desafia esta ideia, especialmente no que tange à perseguição. O monopólio estatal quanto à punição de culpados e a obrigatoriedade - que torna indisponível o conteúdo aviado em processo – são tidos imponentes, visto que assegurariam um tratamento igual para todos na justiça penal, ou

²⁵⁵ BERTASO, João Martins; Gaglietti, Mauro José. **Diálogo e entendimento: direito e multiculturalismo & cidadania e novas formas**. Vol. 3. Rio de Janeiro: GZ Ed, 2011. p. 8-9.

²⁵⁶ FELIX, Yuri. **Direitos humanos em movimento** Coord. Amarante, João Moretto Amarante/ André Weiszflog. São Paulo: Saraiva, 2013. Disponibilizado em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br>. p. 346. Acessado: 17/02/2017.

²⁵⁷ PACHUKANIS, E.B. **Teoria geral do direito e Marxismo**. Tradução: Silvio Donizete Chagas. São Paulo: Editora Acadêmica, 1988. p. 124.

seja, um processo democrático. Neste sentido Silveira lembra que não se pode negar o caráter político do processo penal que advém principalmente do princípio da obrigatoriedade, e justamente por isso, inevitável concluir que o processo busca manutenção do *status quo*²⁵⁸.

Ronald Dworkin considera que a prática jurídica implica em interpretação. Assim, o Direito é eminentemente político (não pessoal ou partidário), pois os juristas e juízes não podem evitar a política em sentido amplo²⁵⁹.

Sobre a finalidade política do direito, tem-se que ele é eminentemente político no seu empreender e dentre as suas finalidades está o ato de “[...] coordenar o esforço social e individual, ou resolver disputas sociais e individuais, ou assegurar a justiça entre os cidadãos e entre eles e seu governo, ou alguma combinação destas alternativas²⁶⁰”.

Numa observação sobre as multidões – o que classifica como massas urbanas - e os caminhos à justiça social, Gasset diz que o ideal é ter presente que o caminho para obtê-la é perceber sua enorme dificuldade. Somente desta forma se atinge o fator fundante, a origem, porque para mencionado autor, é “[...] muito difícil salvar uma civilização quando lhe chegou a hora de cair sob o poder dos demagogos. Os demagogos têm sido apenas os grandes estranguladores de civilizações”²⁶¹.

Bauman alerta para o fato de que a política - em qualquer forma de suas possibilidades - é excludente. Observe-se:

Hoje se formulam previsões apavorantes e fatalistas, e o progresso representa a ameaça de uma inexorável e inevitável mudança que não promete paz nem repouso, mas crises e tensões contínuas, sem um segundo de trégua, uma espécie de "jogo das cadeiras" no qual

²⁵⁸ SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. **A ação processual penal entre política e constituição: outra teoria para o direito processual penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 184-188.

²⁵⁹ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Trad. Luis Carlos Borges. São Paulo. Martins Fontes, 2001. p. 217.

²⁶⁰ Ibid., p.239.

²⁶¹ GASSET, José Ortega y. **A rebelião das massas**. Trad. Herrera Filho. Ed. Ruriack Ink-OPIUM CUM DIGNITATE, 2013. p. 33.

um segundo de distração pode levar à derrota irrevogável, à exclusão sem apelo. Em lugar de grandes expectativas e doces sonhos, a palavra progresso evoca uma insônia povoada de pesadelos: "ser deixado para trás", perder o trem, ser atirado para fora do veículo por um movimento brusco²⁶².

Se os argumentos de princípios justificam a decisão política, o processo, por seu turno, não se serve somente para ajeitar nossos juízos, deve dar justificativas a estes, levando em consideração o nosso senso moral. Os juízos padrões servem para manter determinadas classes no poder, o que desacredita nossos juízos comuns e corriqueiros²⁶³.

É um problema conceber o Direito como orientador e principal meio/modo de transformação social. O natural é compreender que a sociedade ocasione transformações no Direito, porque as falhas que ocorrem na sociedade não são culpa dele, ainda que ele provoque nela mudanças²⁶⁴.

Sobre a manutenção do poder e o processo penal, Casara explica com propriedade:

Concebido como um objeto de *desejo*, o Código de Processo Penal incorpora as redes mobilizadas em torno da manutenção do poder. O estudo das categorias jurídicas do processo penal deve sempre identificar, no campo do *simbólico* (da linguagem), a *disputa de sentidos* que conflagra à ação política. Por isso, a importância de se perceber, ainda que sucintamente, a tensão ideológica entre alguns *discursos político-sociais*, alguns dirigidos ao reforço do eficientismo e utilitarismo penal, outros voltados à consolidação garantista dos instrumentos de controle do poder criminal²⁶⁵.

Ocorre que, apesar das novas modalidades técnicas de controle social, apesar de ter de se adequar ao novo por conta da complexidade da pós-modernidade, não se pode abdicar ao que já foi conquistado. Não se deve

²⁶² BAUMAN, Zygmunt, 1925. **Confiança e medo na cidade**. Trad. Eliana Aguiar. Rio de Janeiro. Jorge Zahar. ed. 2009. p. 21.

²⁶³ DWORKIN, Ronal. **Levando os direitos a sério**. Tradução e notas: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 243.

²⁶⁴ CUNHA, Paulo Ferreira. **Samba no pé & Direito na cabeça**. Organizadora: Carmela Grüne. São Paulo: Saraiva, 2012. p.131.

²⁶⁵ CASARA, Rubens R R; Melchior, Antonio Pedro. **Teoria do processo penal brasileiro: dogmática e crítica vol. I: conceitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 22.

ignorar o já adquirido, como a determinação e defesa dos direitos e das garantias fundamentais da pessoa humana.²⁶⁶.

Interessante e de extremada relevância a juntada de parte do texto de Alberto Silva Franco, quando do prefácio da obra de Zaffaroni - Manual de direito penal brasileiro, dando a exata ideia de como os preceitos do direito penal e do direito processual penal são ignorados:

[...] Faz-se, no Brasil dos tempos presentes, o discurso do Direito Penal de intervenção mínima, mas não há nenhuma correspondência entre esse discurso e a realidade legislativa. Ao invés da renúncia formal ao controle penal para a solução de alguns conflitos sociais ou da adoção de um processo mitigador de penas, com a criação de alternativas à pena privativa de liberdade, ou mesmo da busca, no campo processual, de expedientes idôneos a sustar o processo de forma a equacionar o conflito de maneira não punitiva, parte-se para um destemperado processo de criminalização no qual a primeira e única resposta estatal, em face do surgimento de um conflito social, é o emprego da via penal. Descriminalização, despenalização e diversificação são conceitos fora da moda, em desuso. A palavra de ordem, agora, é criminalizar, ainda que a feição punitiva tenha uma finalidade puramente simbólica²⁶⁷.

O direito penal tem característica de ser *ultima ratio*, devendo intervir em situações excepcionais e graves, que impliquem uma resposta séria da sociedade, em que a lei penal seja necessária, por conta de lesão real a um bem tutelado juridicamente, lesão esta decorrente de ato comissivo ou omissivo, culpável e reprovável de forma legítima²⁶⁸.

Buscar um Estado de Direito de interferência mínima na esfera penal, que diminua as restrições de liberdades, que atue como objeto de imposição às restrições de liberdades públicas, implica em limitar atividades

²⁶⁶ SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Criminologia e os problemas da atualidade**. Organizadores: Alvino Augusto de Sá; Sérgio Salomão Shecaira. São Paulo: Atlas, 2008. p. 175.

²⁶⁷ FRANCO, Alberto Silva. Prefácio da obra de Zaffaroni, Eugenio Raul; Pierangeli, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: volume I: parte geral**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p.19.

²⁶⁸ PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório. A conformidade constitucional das leis processuais penais**. 3. ed. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2005. p. 72.

expressivas, em um Estado que maximize as expectativas do cidadão, com expansão das obrigações públicas, buscando satisfazer estas expectativas²⁶⁹.

Com o objetivo de ser orientador e de servir como limite para possíveis arbitrariedades judiciais, o princípio da intervenção mínima evita que haja sanções degradantes e cruéis. Tem-se que o direito penal, por ser um repressivo social, deve somente intervir quando não haja mais alternativa para tutelar um bem jurídico. O existir deste princípio se assenta no fato de que o afetado pelo direito penal vê sua vida social atingida, ficando à margem da sociedade, o que é um lamentável dano²⁷⁰.

Sobre a intervenção mínima, Tavares esclarece que:

[...] o preenchimento dos elementos do injusto penal, deve subordinar-se, ainda, a que a restrição da liberdade constitua sempre uma exceção, somente justificável em casos definidos de necessidade e desde que atendidas, complementarmente, as condições de proporcionalidade e adequabilidade da intervenção, quer dizer, dentro dos critérios de intervenção mínima e demonstração e efetiva lesão ou perigo concreto de lesão a um bem jurídico, que traz embutida a demonstração da danosidade social da conduta²⁷¹.

Pode-se então afirmar que o “Estado legislativo de direito” está em crise, crise esta que é gerada pela “inflação legislativa e a disfunção da linguagem legal” (que são manifestações das dificuldades existentes na capacidade da lei de regular), que “[...] gera um direito penal máximo – maximamente estendido, maximamente ineficiente, maximamente anti-garantista – do qual estão sendo eliminadas todas as funções políticas classicamente confiadas ao princípio da legalidade”²⁷².

Mas a produção de normas de criminalização e a acentuada penalização são sinais de que não se está observando a intervenção mínima,

²⁶⁹ AMARAL, Augusto Jobim do. **Violência e processo penal: crítica transdisciplinar sobre a limitação do poder punitivo**. Lumen Juris. Rio de Janeiro. 2008. p. 98.

²⁷⁰ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral I**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 43-44.

²⁷¹ TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 116.

²⁷² MARTINS, Rui Cunha. **A hora dos cadáveres adiados: corrupção, expectativa e processo penal**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 7.

mas sim que se está tendo o direito penal como a única solução dos conflitos sociais, sem que se lance mão de outros meios de controle. O Direito Penal deve tutelar valores imprescindíveis, mas com limites. Decorre daí o fato de se ter o direito penal em fragmentos, visando os bens jurídicos mais importantes, onde se pune os mais graves e perigosos delitos²⁷³.

De acordo com Mossim, não basta proteger os direitos básicos do indivíduo, não basta eles existirem “[...] principalmente no que interessa, no sentido de liberdade, se não houver um instrumento de garantia de preservação, respeito e aplicação desse direito²⁷⁴”.

Entenda-se que a pretensão de abarcar as mais diversas situações com a criminalização de condutas, não tem como exclusividade a proteção de direitos. Serve-se sim para controle social, muitas vezes num claro desrespeito para com demais direitos.

Daí a importância dos princípios, eis que cada um se apresenta como um valor que não se pode afastar. Tem imediata concretude, é real e não pode ser ignorado ou desprezado, estando que presente em todas as normas. Situa-se no mais alto ponto do sistema e, ainda que de forma genérica, tem plena incidência e é de eficácia plena²⁷⁵.

Tendo o Direito Penal como direito preventivo, acaba-se regulando condutas e as incriminando nas mais diversas espécies de atividades, sem atentar para a natureza do fato (ex. Ambiental, consumidor etc.). Por conta deste fator, não há como manter o seu caráter de intervenção mínima, pois acaba atuando de forma primária e não subsidiária ou última como deveria,

²⁷³ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral I**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 44-45.

²⁷⁴ MOSSIN, Heráclito Antônio. **Garantias fundamentais na área criminal**. Barueri, São Paulo: Manole, 2014. p. 4.

²⁷⁵ NUNES, Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência**. 3ª. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 33-35.

sendo considerado como indispensável para coibir e solucionar conflitos, enfim, tido como “o remédio para todos os males”²⁷⁶.

Atualmente, por conta de uma atitude tida como violadora de uma lei (um delito em potencial), sem levar em conta o dano ou o conflito em si, justifica-se a instauração processual penal, em que as questões éticas ou sociais muitas vezes não são consideradas, ignorando-se o contexto da ação delituosa, o que é aceito como natural pela sociedade²⁷⁷.

Necessário buscar critérios que possam assegurar princípios limitadores ao poder de punir, com definição de garantias ao indivíduo contra a sagaz intervenção estatal, que pretende a punição de forma desenfreada. Esta evidentemente não resta compromissada com os direitos humanos e, por conta de uma “lógica burocrática” é exercida de qualquer maneira, que Damásio denomina de “tendência simbólica, utilitária e demagógica do Direito Penal”²⁷⁸.

A desenfreada expansão do Direito Penal, com regras meramente simbólicas, não atende à expectativa que se espera e a que é pretendida. Ou seja, promulgar normas que não serão aplicadas de nada adianta. Além das simbólicas, precisa haver processos de criminalização ao modo mais antigo, que possuam aplicação efetiva. O que se verifica na verdade é a construção e criação de normas novas que promovem a aplicação do que já existe²⁷⁹.

Temos que ter em mente que o moderno princípio política criminal que brinda somente uma pena socialmente útil, pode ser justa, mas esse discurso tem que ser assimilado, interiorizado pelas pessoas que participam dele. Veja-se que esse postulado satisfaz um fim, mas na essência do Direito Penal o elemento simbólico é muito presente. A crítica a esse elemento simbólico é justamente que quando se quer fazer referência a determinados agentes só quer repassar essa impressão de tranquilizadora. O legislador atento, decidido, uma questão de tranquilizar a sociedade e predomina essa a função do

²⁷⁶ JESUS, Damásio E. de. **Temas de direito criminal. 2. série.** São Paulo: Saraiva, 2001. p. 65-66.

²⁷⁷ BERTASO, João Martins. Gaglietti, Mauro José. **Diálogo e entendimento: direito e multiculturalismo & cidadania e novas formas.** Vol. 3. Rio de Janeiro: GZ. Ed. 2011. p. 5-6.

²⁷⁸ JESUS, Damásio E. de. **Temas de direito criminal, 2ª. série.** São Paulo: Saraiva, 2001. p. 69.

²⁷⁹ JAKOBS, Günther. **Direito penal do inimigo: noções e críticas.** Nereu José Giacomolli André Luís Callegari. Livraria do advogado Editora Porto Alegre 2005. p. 60.

Direito Penal sobre o que realmente acontece, sendo, portanto, é o direito penal do inimigo²⁸⁰.

O aumento de dispositivos penais inevitavelmente gera mais delitos. Reagir com privação de liberdade será cada vez mais complicado por conta da precariedade das condições dos cárceres – não se esquecendo dos recursos financeiros. Soma-se a isto o fato de que as penas privativas de liberdade, político-criminalmente falando, não são desejáveis, especialmente nos casos de delitos pequenos e médios, cuja pretensa ressocialização não se efetiva.

Nas literais palavras de Roxin, vem expresso o valor da liberdade “[...] não se pode aprender a viver em liberdade e respeitando a lei, através da supressão da liberdade; a perda do posto de trabalho e a separação da família, que decorrem da privação de liberdade, possuem ainda mais efeitos dessocializadores”²⁸¹.

O direito é forma de regulamentação autoritária que age de forma externa para com o sujeito, trazendo a característica de ser uma obrigação absoluta, uma coação. Mas é também a forma de garantir autonomia privada de forma subjetiva para esse sujeito, cuja liberdade fica limitada, delimitando o seu agir na sociedade²⁸².

Assim, é fato que o Código de Processo Penal se mobiliza em torno da manutenção do poder. Contempla sentidos voltados à ação política, com alguns discursos político-sociais e alguns discursos garantistas, que servem como instrumento de controle do poder criminal²⁸³.

Acrescente-se que ao considerar o Direito Penal como um instrumento de controle social, deferindo-lhe amplitude em demasia, se cria um

²⁸⁰ JAKOBS, Günther. **Direito penal do inimigo: noções e críticas**. Nereu José Giacomolli André Luís Callegari. Livraria do advogado Editora Porto Alegre 2005. p. 58 e 59.

²⁸¹ ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.18.

²⁸² PACHUKANIS, E.B. **Teoria geral do direito e Marxismo**. São Paulo. Editora Acadêmica. Tradução: Silvio Donizete Chagas. 1988, p. 57.

²⁸³ CASARA, Rubens R R; Melchior, Antonio Pedro. **Teoria do processo penal brasileiro: dogmática e crítica vol. I: conceitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 20.

direito autoritário, com ampliação da cobertura que realmente deve lhe ser deferido. Santos alerta:

Se deve atentar para o fato de que a utilização do direito penal no sentido de infundir confiança na sociedade e/ou educá-la – ou seja, a utilização do direito penal com fins meramente publicitários ou de difusão de mensagens – implica a extensão do âmbito que deve ser coberto pela tutela penal. E confiar ao direito penal – um instrumento coercitivo de controle social – uma missão pedagógica faz parte de uma lógica autoritária e antidemocrática²⁸⁴.

Imprescindível ter a mente aberta para o novo, rompendo com o tradicional que o povo convive, porque se não for possível imaginar o diferente, uma possibilidade nova, ainda que fantasiosa, não haverá criação estatal, porque a imaginação pode sim libertar o homem²⁸⁵.

Referindo sobre a dimensão política que está ínsita no processo penal e deve ser reconhecida como verdadeira para o valor da democracia, Casara/Melchior menciona:

Aceitar que a luta pelo poder constitui o próprio núcleo da dimensão política do processo penal auxilia na identificação dos elementos e discursos afetados pela tradição autoritária e, assim, permite que sejam elaborados dispositivos de constrangimento às práticas judiciais e policiais atentatórias à democraticidade²⁸⁶.

Significa dizer que, longe de estar inteiramente dedicado somente à resolução dos conflitos, “o poder punitivo nos vigia, mutila a privacidade pessoal, mostra um rosto de vítima para disfarçar sua condição de algoz”²⁸⁷.

Evidente que a política criminal se apresenta tanto na criação de leis, como na aplicação e execução delas, e pode ser introduzida por meio de

²⁸⁴ SANTOS, André Leonardo Copetti; LUCAS, Douglas Cesar. **O direito fundamental dos menores de 18 anos à não persecução penal**. Revista Direito e Liberdade, Natal, v. 18, n. 1, 2016. p. 41.

²⁸⁵ GASSET, José Ortega y. **A rebelião das massas**. Trad. Herrera Filho. Ed. Ruriack Ink-OPIUM CUM DIGNITATE, 2013. p. 143.

²⁸⁶ CASARA, Rubens R. R.; Melchior, Antonio Pedro. **Teoria do processo penal brasileiro: dogmática e crítica vol. I: conceitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 22.

²⁸⁷ GELMAN, Juan. Prefácio da obra de Zaffaroni, Eugenio Raúl. **A palavra dos mortos: conferências de criminologia cautelar**. Coordenadores: Luiz Flávio Gomes, Alice Bianchini. São Paulo: Saraiva, 2012. p.14.

políticas de descriminalização, criminalização, combate ao crime e despenalização. Os sistemas político e econômico são responsáveis pela formulação e servem como esteio para a política criminal.

Sobre a ciência jurídica e a liberdade do homem, Claus Roxin menciona que a política criminal tem métodos racionais de combate à criminalidade (tarefa social) e como tarefa de ciência jurídica, exerce a função liberal-garantista, garantindo a aplicação do direito, mas também a liberdade individual, em razão do que chamou de 'voracidade' do Estado Leviatã²⁸⁸.

O direito deve cumprir seus objetivos, mostrando que pode atender às expectativas que em torno de si são geradas, como na política:

À imagem da política, também o direito não trabalha apenas sobre os circuitos crentes que veladamente lhe percorrem os alicerces, trabalha de igual modo sobre os circuitos mais ostensivos da expectativa que, do exterior, lhe solicitam um desempenho. Ora, os sistemas da expectativa movem-se na esfera do desejo. Os mecanismos sociais, epistêmicos ou processuais são aí, sempre, por definição, potenciais máquinas desejanter²⁸⁹.

E a mídia tem aqui um papel com efeitos bem amplos. O pânico moral, em franca exposição pela mídia, que se busca justificar pelo dano social que o delito violento pode causar, gera uma falta de temor a outros riscos, oculta outros medos, como se, com exceção ao delito violento, estariam todos seguros, numa criação de segurança falsa, ilusória²⁹⁰.

Uma determinada percepção social sobre a violência, sobre o crime e sobre o criminoso, é também construída pela mídia, que é definidora de conceitos e valores em uma sociedade, gerando assim ideologias diversas.

²⁸⁸ ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Trad: Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 02.

²⁸⁹ MARTINS, Rui Cunha. **A hora dos cadáveres adiados: corrupção, expectativa e processo penal**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 33.

²⁹⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A palavra dos mortos: conferências de criminologia cautelar**. Coordenadores: Luiz Flávio Gomes, Alice Bianchini. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 485.

Budó menciona que “[...] não são poucos os criminólogos, sociólogos e juristas que mencionam uma importante interferência da mídia na área criminal”²⁹¹.

A importância em demasia que é atribuída aos fatos, que implica em se deixar as opiniões para valoração secundária, faz do fato algo mais relevante do que a opinião, acabando por dar privilégio para o objeto ao invés do sujeito, fazendo imperar a objetividade no jornalismo. Isso, somado ao tratamento diferente que é dispensado a certas classes e à discriminação, que são atos voluntários e de escolha jornalística, não decorre de mera irresponsabilidade de agências de controle (polícia ou Ministério Público), mas são fatores que semeiam a cultura do medo e fomentam a intervenção penal²⁹².

É de impressionar que as condenações se mostram justificadas e definidas não em razão da gravidade do delito perpetrado, mas sim por sua ofensividade, ao que chama de “puritanismo local” fazendo com que se conserve e assegure o poder. “... na medida em que a gestão policial e carcerária da insegurança social tem certamente como produto direto, além do controle dos membros da gentilha infamantes, o poder de confirmar seu *status* social e recompor suas fileiras”²⁹³.

A produção midiática, que potencializa o medo de forma sensacionalista ao transmitir a notícia de forma não fidedigna à realidade, gera consequências que atendem determinados interesses públicos, neste sentido Marília Budó exorta:

O sensacionalismo, no uso de um discurso que torna a todos e a cada um potenciais vítimas, tornando fatos excepcionais em ações que podem ser reproduzidas a qualquer momento, contra qualquer um. O sofrimento da vítima e de seus familiares é explorado ao extremo, com direito a closes das câmeras de TV e perguntas do estilo “como você está se sentindo?”. Essa característica é

²⁹¹ BUDÓ, Marília de Nardin. **Mídias e discursos do poder: a legitimação discursiva do processo de encarceramento da juventude pobre no Brasil**. Curitiba/PR, 2013. p. 237.

²⁹² BUDÓ, Marília de Nardin. **Mídias e discursos do poder: a legitimação discursiva do processo de encarceramento da juventude pobre no Brasil**. Curitiba/PR, 2013. p. 239.

²⁹³ AMARAL, Augusto Jobim do. **Violência e processo penal: crítica transdisciplinar sobre a limitação do poder punitivo**. Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2008. p. 52.

responsável pela transformação da informação em um conteúdo de interesse do público, permitindo que venham à tona uma série de outras consequências²⁹⁴.

O fato de se compreender o crime como algo terrível, de imperar o medo, de existir esse alarme social em torno do medo, torna o crime uma doença infecciosa, fazendo do criminoso indivíduo a ser expurgado, o que gera cada vez mais o pensamento comum de prender²⁹⁵.

A notícia induz o leitor (ouvinte ou telespectador) a transformar a informação em realidade. É o processo que ocorre na mentalidade de quem lê, ouve ou assiste.

Budó diz também que a mídia, quando reproduz o discurso das agências penais, assim como estas, seleciona e estigmatiza os criminosos e o crime.

Se as agências do sistema penal atuam de forma seletiva e estigmatizante, a reprodução de seu discurso como definidor do que é crime e de seu enquadramento propicia a legitimação desse mesmo sistema. O discurso do poder aí se insere marcando para sempre a notícia sobre o delito. Ao reproduzirem o discurso das agências de controle penal sobre a criminalidade, as notícias incidem no mesmo problema: também se voltarão contra uma parcela da sociedade, bem como contra uma parcela de atos cometidos, os crimes de rua²⁹⁶.

Tem-se difundido e muito a questão de o quanto a mídia deturpa, enfeita, enfim, cria o sensacionalismo sobre fatos corriqueiros ou não. No entanto, a cegueira coletiva parece não permitir visão diferenciada.

Saliente-se ainda, que não se pode aqui excluir a influência da mídia sob agentes políticos envolvidos nos processos de persecução, formação de culpa e julgamento de feitos afetos à área penal.

²⁹⁴ BUDÓ, Marília de Nardin. **Mídias e discursos do poder: a legitimação discursiva do processo de encarceramento da juventude pobre no Brasil**. Curitiba/PR, 2013. p. 251.

²⁹⁵ AMARAL, Augusto Jobim do. **Violência e processo penal: crítica transdisciplinar sobre a limitação do poder punitivo**. Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2008. p. 56.

²⁹⁶ BUDÓ, Marília de Nardin. **Mídias e discursos do poder: a legitimação discursiva do processo de encarceramento da juventude pobre no Brasil**. Curitiba/PR, 2013. p. 255.

Atualmente, a mídia tem participado e muito – cite-se a propósito a Operação Lava Jato - das questões judicializadas, propagando notícias informativas por certo, mas também, influenciando a sociedade na compreensão, nem sempre correta, do que está se passando.

Neste mundo globalizado, um mundo cibernético por excelência, há que se ter como certo que a mídia é sim forte fonte de criação no direito penal e processual penal, influenciando sobremaneira o sistema.

O espaço ocupado pela mídia é deveras disputado por conta de seus efeitos (especialmente o poder que detém para expressar-se sobre movimentos sociais e grupos de pressão) que reproduzem a vontade dos poderosos, considerando por certo, a existência de todo um processo na escolha do que ali se manifesta (a notícia literal), como uma estratégia de demonstrar as atividades e o que se tem por realidade²⁹⁷.

Nas notícias sobre crimes essa representação da ordem social permite uma determinada construção da realidade que legitima não apenas o sistema penal vigente como produz a necessidade de ainda mais controle. Normalmente mudanças nas políticas de controle do crime são propostas pelas fontes das notícias, que são também consultadas tanto para explicar o comportamento definido como desviante, normalmente através do argumento do cálculo racional ou do argumento biopatológico²⁹⁸.

É extraordinário notar que, mesmo diante da temeridade pessoal que é sentida por conta de uma hipotética reclusão (considerando de forma peremptória que ninguém quer estar preso), o cárcere, em se tratando do outro, parece ser a medida mais adequada no combate ao crime. A sociedade esquece que o cárcere traz sérias consequências para quem tem de suportá-lo. Zaffaroni esclarece este extremo efeito que é geralmente ignorado.

O aprisionamento reproduz criminalidade, gera reincidência, condiciona patologias psíquicas (neuroses de caráter e neuroses reativas regressivas) e reforça os papéis desviados como decorrência da exigência de assumi-los na vida carcerária para que o indivíduo sobre viva sem provocar distúrbios agressivos. A

²⁹⁷ BUDÓ, Marília de Nardin. **Mídias e discursos do poder: a legitimação discursiva do processo de encarceramento da juventude pobre no Brasil**. Curitiba/PR, 2013. p. 246.

²⁹⁸ Ibid.,p.245.

intervenção penal por desvios primários gera outros secundários mais graves e a reclusão de adolescentes prepara-os para uma carreira de crimes. O aprisionamento desnecessário fabrica delinquentes, do mesmo modo que a estigmatização de minorias em uma clara profecia que se autorrealiza (jovens com dificuldades de identidade assumem os papéis desviados, imputados midiaticamente, reafirmando os preconceitos próprios do estereótipo)²⁹⁹.

As pessoas se sentem mais seguras ao tempo que reivindicam maior controle, quando na verdade estão direcionando-se para a mais completa insegurança. O controle mais estrito deixa claro que vida de todos está sendo controlada, alguns agentes delituosos precisam receber foco para legitimar a vigilância da máquina burocrática sobre as pessoas.³⁰⁰

De acordo com Budó, a reprodução do cárcere como forma de controle social e a manipulação do senso comum, somada à generalização do medo e da insegurança, fazem do indiciado, acusado ou réu efetivo, um instrumento humano suscetível de assaz julgamento pela sociedade, ao mesmo tempo em que são ignorados em seus sentimentos, suas verdades, seus direitos e suas realidades.

O uso de fontes credíveis ligadas, sobretudo, a fontes oficiais, que nos casos criminais são agentes do sistema penal, reproduz as suas definições também seletivas e preconceituosas da criminalidade. De outro lado, o uso da linguagem sensacionalista, através da exploração dos sentimentos das vítimas, tem como consequência o reforço não apenas do senso comum sobre o crime, mas altera a percepção social sobre o perigo, provocando a produção desproporcional dos sentimentos de medo e insegurança³⁰¹.

Veja-se que quem já sofreu as consequências de um cárcere (prematureo ou não), ou quem convive com esta triste realidade e trabalha com este tipo de procedimento, não toma o impressionismo e o sensacionalismo midiático como parâmetros de certeza para determinar as benesses deste tipo de sanção-pena. Percebe no outro a retaliação social, especialmente tido como

²⁹⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A palavra dos mortos: conferências de criminologia cautelar**. Coordenadores: Luiz Flávio Gomes, Alice Bianchini. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 441.

³⁰⁰ Ibid., p. 422

³⁰¹ BUDÓ, Marília de Nardin. **Mídias e discursos do poder: a legitimação discursiva do processo de encarceramento da juventude pobre no Brasil**. Curitiba/PR, 2013. p. 251.

“a banda podre da sociedade” que, à margem desta, somente se faz ver e notar diante da violência, especialmente frente a discursos inócuos de necessidade de mudanças.

Para Bauman, a exclusão social é irrevogável e gera supérfluos. “[...] *underclass* e “criminosos” são duas subcategorias de “elementos anti-sociais” que diferem uma da outra mais pela classificação oficial e pelo tratamento que recebem que por suas atitudes e comportamentos [...]”³⁰².

Sobre esta exclusão social, que contribui enfaticamente para a falência do sistema democrático, que enfraquece o Estado e ameaça a cidadania como direito a ter direito, com a qual a elite poderosa - especialmente legisladores, políticos e juristas - e o povo são condescendentes, aclara-se:

[...] o incremento assustador dos índices de exclusão social – em boa parte tributável aos efeitos negativos da globalização econômica – igualmente constitui fator de risco para a democracia. Como bem lembra Friedrich Müller, exclusão social e democracia (esta considerada na sua dimensão material) são categorias incompatíveis entre si: a primeira leva inexoravelmente à ausência da segunda³⁰³.

Das novas relações sociais surgem novos crimes. Os novos crimes são expressão desta nova sociedade, em uma notória relação direta “[...] entre forma e conteúdo, entre direito penal e realidade social”. O moderno implica em se ter novos meios para realizar a defesa da sociedade, e o direito tradicional se mistura ao novo conteúdo de criminalização, reduzindo espaços em que o direito penal não interfira³⁰⁴.

Um esteio da dignidade, o princípio da humanidade, é fundamento penal de contenção do poder punitivo, para se ter uma sociedade livre, sem

³⁰² BAUMAN, Zygmunt, 1925. **Confiança e medo na cidade**. Trad. Eliana Aguiar. Rio de Janeiro. Jorge Zahar. ed. 2009. p. 7.

³⁰³ SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 47, 2004. p. 66.

³⁰⁴ SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Criminologia e os problemas da atualidade**. Organizadores: Alvino Augusto de Sá; Sérgio Salomão Shecaira. São Paulo: Atlas. 2008. p. 145.

desigualdades, voltada à erradicação da marginalidade, em que o indiciado, o acusado e o preso sejam tratados com o respeito inerente ao ser humano³⁰⁵.

Para Salvador Netto, a proporcionalidade, que garante a ponderação sobre determinada opção ou decisão, numa relação de causa e efeito, deve ser sempre observada, assegurando-se a igualdade de tratamento:

As instâncias de controle formal devem buscar o equilíbrio e a proporcionalidade nas suas respostas às ações desviantes, colocando a dignidade da pessoa humana em primeiro lugar, o que significa dizer que ou se propõe um sistema encarcerador para todos, ou se propõe um sistema mais maleável para todos, pois, embora as categorias criminológicas sejam diferentes, os homens são iguais³⁰⁶.

No processo penal impera que estejam adequados os instrumentos processuais aos fins pretendidos. Assim, a prisão cautelar deve ser aplicada com observância a alguns princípios, como o da proporcionalidade, razoabilidade, presunção de inocência e direito ao silêncio (*nemo tenetur se detegere*), para que não se utilize do cárcere como forma de induzir o sujeito a confessar um possível agir ilícito.

Em se tratando de prisões cautelares, nas quais se paga um alto preço por conta do cárcere prematuro, o princípio da inocência adquire elevado valor, justamente porque, conforme menciona Lopes Júnior, “[...] se trata de uma prisão desnecessária de um inocente”³⁰⁷.

Para Dworkin, este princípio serve principalmente como uma instrução ao governo. Por isso, o erro com relação a esse direito ou uma violação deste direito é um erro grave, que causa danos sérios, de difícil reparação. Um erro que prive uma pessoa de sua liberdade cria danos provenientes da dor da perda de sua liberdade, somados ao medo que sofre por conta de uma punição que é injusta, que ele, sujeito, define como fator

³⁰⁵ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Aplicação da pena: limites, princípios e novos parâmetros**. 2ª. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 61.

³⁰⁶ SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo **Criminologia e os problemas da atualidade**. Organizadores: Alvino Augusto de Sá; Sérgio Salomão Shecaira. São Paulo: Atlas. 2008. p. 175.

³⁰⁷ LOPES JUNIOR, Aury. **Prisões cautelares**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 23.

injustiça. É um conjunto de emoções envolvidas. A noção objetiva que se atribui, quando se pressupõe que alguém sofre um dano especial quando é tratado injustamente, é muito maior do que o dano simples³⁰⁸.

Com a nova roupagem das medidas cautelares (Lei n. 12.403/2011), reforçou-se o princípio acusatório, incidindo maiores limites, onde cada vez mais a liberdade pessoal deve ser a regra e a prisão cautelar deve permanecer como exceção.

A presunção de inocência busca impedir que as medidas cautelares exerçam função de pena antecipada, assim como serve para impedir que se constranja o imputado a confessar-se culpado (art. 14, parágrafo 3, letra “g”, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos de 1966, em vigor no plano interno desde 1992)³⁰⁹.

Como já estudado anteriormente, na realidade, não existe um processo acusatório ou inquisitório puro. Para Odone Sanguiné:

[...] o chamado processo inquisitivo não é um verdadeiro processo, mas sim um sistema de aplicação do direito penal tipicamente administrativo. De qualquer maneira, o binômio acusatório-inquisitivo tem a virtualidade de indicar a distribuição de papéis e as condições em que se realizará o processamento do objeto processual penal³¹⁰.

Pugnando sobre a instrumentalidade processual, sobre a efetiva aplicação do direito quando da sentença, é preciso saber que a decisão judicial é o meio pelo qual a sociedade percebe e o jurista apreende a literal materialização do Direito. A sentença é a concretização do Direito e, por meio desta decisão, declara-se o Direito aplicável ao caso. A norma deixa de ser um conceito meramente abstrato, devendo ser cumprida, sendo complementada pelos seus efeitos (execução) que irão satisfazer o direito já concretizado na

³⁰⁸ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes. 2000. p.117.

³⁰⁹ SANGUINÉ, Odone. **Prisão cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. ISBN 978-85-309-5815-2. Disponível em <http://www.upf.br/biblioteca/acervo-virtual/bibliotecas-virtuais>. Acessado: 10/02/2017.

³¹⁰ Ibid., 2014. Acessado: 10/02/2017.

sentença. E é no tempo do processo executório que se percebem os meios e instrumentos utilizados pelo Estado para aplicar a coerção³¹¹.

De extremada relevância esclarecer que a pena de prisão surge no início do século XIX, instituída sem justificção teórica e se generaliza neste mesmo século. A função social da pena sofre então mudanças de compreensão e utilidade, em razão de que busca não mais o que pode ser tido como objetivo socialmente útil, mas sim, que seja esta pena adequada ao indivíduo, falseando com o interesse social. O menor propósito ali constante residia na defesa geral, e sim numa possibilidade de controle, de reforma moral, comportamental e psicológica do sujeito, sobre o que fez e o que lhe será permitido fazer³¹².

O cárcere produz indivíduos desiguais e essa função ainda hoje se apresenta eloquente. Acontece muito nas zonas mais depauperadas da sociedade, os marginalizados, que são os adequados para intervenção estigmatizante do sistema punitivo. É no cárcere que se expressa o momento máximo da seleção, que ocorre já com a discriminação social escolar, e representa, geralmente, a consolidação da carreira criminosa³¹³.

Souza apresenta a visão da reclusão sob o ponto de vista do assujeitado (o preso), que segue marcado pelo sistema:

A prisão, ao incluir o corpo do indivíduo em sistema total de controle, fragiliza as capacidades individuais, mantendo-o sujeito a mecanismos que irão impor condicionantes quase insuperáveis de limitações à vida – sobretudo, fora da prisão. Ora, as unidades prisionais estão sob condições degradantes e desumanas, há uma verdadeira ausência de condição humana nestes locais, sujeitando ou, simplesmente, torturando os indivíduos que por ali passam. A

³¹¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Introdução ao estudo do direito: primeiras linhas**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Atlas, 2016. p.173.

³¹² BERTASO, João Martins; Gaglietti, Mauro José. **Diálogo e entendimento: direito e multiculturalismo & cidadania e novas formas**. Vol. 3. Rio de Janeiro: GZ Ed. 2011. p. 12.

³¹³ BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002. p. 167.

inclusão opera produzindo a exclusão das capacidades que poderiam dar ao indivíduo as condições de autonomia³¹⁴.

[...]

Com efeito, era costume dos gregos da Antiguidade marcar as pessoas com fogo ou cortes no corpo, sinais estes que identificavam que o portador era mau, ou seja, mais especificamente um escravo, um criminoso, ou um traidor. E a pessoa marcada estaria contaminada e deveria ser evitada³¹⁵.

Ana Messutti em sua obra “O tempo como pena”, descreve que a prisão tem como função separar o caos do mundo “cosmomizado”, em que os culpados ficam apartados, e, além disso, marca a diferença entre estes dois espaços. Assim a autora define:

A prisão é o caos que a própria comunidade construiu. Caberia objetar que sempre se comparou o caos a um território desordenado, sem regras, e que na prisão, pelo contrário, seguem-se regras muito mais rigorosas que no espaço social. Porém, não podemos esquecer que este caos foi um caos construído com propósitos muito claros. É caos enquanto “não-cosmos”, e sua desordem- no sentido de falta de harmonia- consiste precisamente em acentuar o rigor da norma. À diferença do caos original- que significava a ausência total de norma - o caos construído significa a normatividade excessiva. A regra que não busca a harmonia do coabitar, mas a rigidez da imobilidade³¹⁶.

A pena de prisão é sabidamente uma pena cruel e não tem se mostrado a solução para coibir delitos, ao tempo que deixa sérias cicatrizes aos que ficam reclusos e não responde de forma efetiva no controle da criminalidade. Não tem o esperado efeito e é de extrema onerosidade para o Estado, uma máquina de reprodução de criminalidade, asseverando-se ainda,

³¹⁴ SOUZA Thaís Ferreira de/ Jacarandá, Rodolfo de Freitas. **Direito penal e política criminal** organização: Fabio Roberto D’Avila; Daniel Leonhardt dos Santos. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2015. Revisão da concepção foucaultiana de delinquência. IV. p. 751 e 752.

³¹⁵ BACILA, Carlos Roberto. **Criminologia e estigmas: um estudo sobre os preconceitos**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 55.

³¹⁶ MESSUTI, Ana. **O tempo como pena**. Trad: Tadeu Antonio Dix Silva; Maria Clara Veronesi Toledo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 30-31.

que “[...] o trabalho de privar um homem de sua liberdade e vigiá-lo na prisão é um exercício de tirania”³¹⁷.

Beccaria, cujos postulados marcam o início do direito penal moderno, tinha que melhor do que castigar é prevenir, e nestes moldes delineou uma teoria elaborada sobre o sistema criminal que substitui o desumano, impreciso, confuso e abusivo sistema anterior, concebendo a pena como utilitarista, defendendo uma pena proporcional e humanizada³¹⁸.

Observe-se que qualquer fase do processo penal, independente se cognição ou já na execução, nenhuma pessoa pode receber tratamento degradante, como também não pode sofrer pena que o degrade ou lhe seja cruel. O princípio responsável por evitar que o homem seja tido como objeto de prova é o da dignidade. Isso deve ser observado também em caso de processo administrativo, por conta de ser o indivíduo sujeitos de direitos³¹⁹.

De pensar então nas cautelares, que têm em si caráter estritamente excepcional, por conta do alto custo, que são utilizadas de forma massiva, ao que Lopes Júnior explica:

Ademais, a excepcionalidade deve ser lida em conjunto com a presunção de inocência, constituindo um princípio fundamental de civilidade, fazendo com que as prisões cautelares sejam (efetivamente) a última ratio do sistema, reservadas para os casos mais graves, tendo em vista o elevadíssimo custo que representam. O grande problema é a massificação das cautelares, levando ao que Ferrajoli denomina “crise e degeneração da prisão cautelar pelo mau uso”³²⁰.

No entanto, é comum deparar-se com a vasta utilização de prisões cautelares na atualidade. Não restam dúvidas de que precisa-se repensar a liberdade, especialmente ao analisar e refletir sobre o que Lopes Junior

³¹⁷ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Tradução: Raquel Ramallete. Petrópolis. Vozes, 1987. p. 288.

³¹⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral I**. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 70-71.

³¹⁹ CASARA, Rubens R R; Melchior, Antonio Pedro. **Teoria do processo penal brasileiro: dogmática e crítica vol. I: conceitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 47.

³²⁰ LOPES JUNIOR, Aury. **Prisões cautelares**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 43.

denomina de “A perigosa viragem discursiva” que em virtude de movimentos repressivistas e suas ideologias, têm transformado a liberdade como algo provisório, e a prisão cautelar, uma regra³²¹.

As medidas cautelares, no processo penal, têm como objetivo garantir o normal desenvolvimento do processo e a aplicação do poder reservado ao Estado, qual seja, o dever de punir como consequência à eficaz aplicação do poder de punir. Possui caráter instrumental, e o fator determinante de sua utilidade é a situação de perigo criada pela conduta do imputado, que pode ser o risco de fuga, ausência do acusado ou por conta de uma possível conduta deste relacionada com à produção de prova, ou seja, o *periculum libertatis*³²².

No entanto, pode-se afirmar que o que está acontecendo é o uso indiscriminado das prisões cautelares. Neste sentido, segue a crítica exarada por Lopes Junior, diga-se de passagem, extremamente oportuna, especialmente quando se percebe a utilização deste modo de prisão como forma de coação para obtenção de uma delação.

No Brasil, as prisões cautelares estão excessivamente banalizadas, a ponto de primeiro se prender para depois ir atrás do suporte probatório que legitime a medida. Além do mais, está consagrado o absurdo primado das hipóteses sobre os fatos, pois prende-se para investigar, quando, na verdade, primeiro se deveria investigar, diligenciar, e somente após prender, uma vez suficientemente demonstrados o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*³²³.

Zaffaroni diz que juizes de primeira instância, para se proteger por conta da mídia, dos políticos e de seus próprios colegiados, decretam prisões preventivas, repassando para a segunda instância a responsabilidade de decidir sobre o cabimento, manutenção ou não de referidas prisões. Pouco se importam se o sujeito restará absolvido ou solto, o que para o preso também

³²¹ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 28.

³²² Ibid., p. 25-27.

³²³ Ibid., p. 43.

não fará diferença, porque carregará um estigma por quase toda sua vida, assim como toda sua família, que será discriminada³²⁴.

Para poder ponderar, com um mínimo de clareza, sobre a situação do preso quando do aceno de um prêmio em troca de sua colaboração, é necessário atentar para a realidade do cárcere.

A situação carcerária em nosso país está calamitosa, pessoas amontoadas, dependuradas, esquecidas, em condições subumanas, excluídas de toda e qualquer perspectiva de futuro, simplesmente eliminadas do convívio social e da sociedade de consumo. Evidente, ocupam as primeiras fileiras os pobres, aqueles que sobrevivem na periferia e nos grandes bolsões de pobreza do Brasil e do mundo³²⁵.

Se por um lado a penalização rápida e justa de alguns crimes não fosse possível, se restasse vedado às autoridades prender o indivíduo antes da condenação para assim conservá-lo até o julgamento e, se isso tornasse inócua e impossível a investigação, seria franco prejuízo para o Estado. Doutro lado, há que se considerar que o encarceramento precoce é um mal que, tem permissão para ser aplicado somente em casos excepcionais e delimitados, fruto da presunção, pelo princípio da inocência, que veda infligir ao acusado medidas que sejam equivalentes ao cárcere do condenado, com observância dos critérios da necessidade e adequação das medidas cautelares pessoais, ponderada a relação entre meio e fim³²⁶.

As prisões cautelares que não obedeçam estes critérios são literalmente expressão de um desvio de poder que lesa o princípio da proporcionalidade, eis que, se voltada para finalidade distinta à de sua criação, se mostra inidônea.

³²⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A palavra dos mortos: conferências de criminologia cautelar**. Coordenadores: Luiz Flávio Gomes, Alice Bianchini. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 445.

³²⁵ FELIX, Yuri. **Direitos humanos em movimento**. Coordenadores: João Armando Moretto Amarante; André Weiszflog. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 348.

³²⁶ SANGUINÉ, Odone. **Prisão cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. ISBN 978-85-309-5815-2. Disponível em: <http://www.upf.br/biblioteca/acervo-virtual/bibliotecas-virtuais>. Acessado: 10/02/2017.

Na prática, estão, pois desempenhando papel de reais formas de prevenção geral e especial que são afetas à própria da pena. Menciona Sanguiné que este tipo de prisão tem sido intensificada:

Há uma prática direcionada a intensificar as hipóteses de prisão preventiva com os denominados “motivos apócrifos da detenção”: prisão para fomentar a predisposição a confessar, a cooperar, para facilitar as investigações, como concessão às autoridades encarregadas da investigação, para intervenção em casos de crises, por pressão da opinião pública, para controlar o clamor público criado pelo delito e restabelecer o sentimento de segurança pública ou a credibilidade das instituições, etc.³²⁷.

A provisionalidade das cautelares (art. 282, §§ 4º e 5º, do Código de Processo Penal) é elementar e básica, pois são determinadas de acordo com a situação que se tem ao tempo de sua aplicação. Quando cessa este fato que legitimou sua aplicação, a prisão deve também cessar. Ignorar este fato de ser provisória é estar no caminho de uma prisão cautelar ilegal, por falta de um fundamento que a legitime, como também pela apropriação do tempo do acusado/imputado³²⁸.

E justamente um dos grandes problemas das medidas cautelares aplicadas no processo penal brasileiro está relacionado com a provisoriedade da medida, o tempo de sua constância, que deve ser breve, não podendo parecer antecipação de pena. No entanto, a indeterminação da medida cautelar impera sem freios, ao bom alvitre dos operadores do judiciário, tendo como única exceção o caso de prisão temporária³²⁹.

A inexistência efetiva do limite temporal reclama que sejam construídos estudos e discussões de forma rápida e urgente sobre esta matéria, de modo a normatizar prazos máximos para a manutenção das prisões cautelares. Certamente assim se porá um fim às desmedidas segregações

³²⁷ SANGUINÉ, Odone. **Prisão cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. ISBN 978-85-309-5815-2 Disponível em: <http://www.upf.br/biblioteca/acervo-virtual/bibliotecas-virtuais>. Acessado: 10/02/2017.

³²⁸ LOPES JR., Aury. **Prisões cautelares**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 35-36.

³²⁹ Ibid., p. 37.

provisórias, que, excedido o prazo, podem restar normativamente definidas como medidas ilegais³³⁰.

É na confluência dos poderes estatais e direitos, consubstanciado no uso indiscriminado do poder punitivo e aplicabilidade desenfreada de medidas cautelares, que Zaffaroni entende restar banalizado o direito penal e processual penal.

Existe un fenómeno relativamente reciente, que es la llamada *administrativización del derecho penal*, caracterizado por la pretensión de un uso indiscriminado del poder punitivo para reforzar el cumplimiento de ciertas obligaciones públicas (especialmente en el ámbito impositivo, societario, previsional, etc.), que banaliza el contenido de la legislación penal, destruye el concepto limitativo del bien jurídico, profundiza la ficción de conocimiento de la ley, pone en crisis la concepción del dolo, cae en responsabilidad objetiva y, en general, privilegia al estado en relación con el patrimonio de los habitantes³³¹.

Não se pode aqui deixar de considerar que a prisão cautelar tem também uma função preventiva, análoga à pretendida sanção efetiva. Neste norte, carece ela estar adequada, ou seja, em conformidade com a idoneidade do meio preventivo. A adequação do comportamento deve estar de acordo com os ditames legais, para se verificar a plausibilidade de pena ou não, bem como de sua execução, em caso de condenação. A pena efetivamente intimida e, portanto, deve estar presente a preocupação com a sua proporcionalidade, eis que não se pode castigar amedrontando e de forma desmedida, quiçá quando diante de uma medida cautelar³³².

Reforçando ainda o entendimento sobre a desumana aplicação da prisão cautelar nos moldes que é utilizada e muito no Brasil, onde os caracteres preventivos e especiais são verdadeiros engodos, o uso indiscriminado da cautelar serve como antecipação de uma possível

³³⁰ LOPES JR., Aury. **Prisões cautelares**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 38.

³³¹ ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Derecho Penal Parte General**. 2. ed. Buenos Aires. Soc. Anonima Editora, 2002. p. 12.

³³² BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal. Parte geral I**. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 109.

penalização, como castigo – antecipado castigo perpetrado pelo Estado:, Lopes Junior traz o seguinte apontamento:

Com razão Ferrajoli afirma que a prisão cautelar é uma pena processual, em que primeiro se castiga e depois se processa, atuando com caráter de prevenção geral, especial e de retribuição. Ademais, diz o autor, se fosse verdade que elas (as prisões cautelares) não têm natureza punitiva, deveriam ser cumpridas em instituições penais especiais, com suficientes comodidades (uma boa residência)³³³.

Zafaroni menciona que as penas sem processo fazem parte do sistema penal. Assim, precisa-se atentar que o fenômeno punitivo é uma realidade, sendo esta a única forma de não se acreditar no que o autor menciona ser ficção de que se respeitam, no direito penal, os direitos humanos, ressaltando que as violações acontecem quando se retira do direito penal aspectos materiais da punição³³⁴.

Não obstante o já mencionado para Lopes Junior não existe ação cautelar no processo penal. As prisões que tem como esteio a garantia da ordem pública ou ordem econômica não apresentam natureza cautelar, o que as transforma em prisão inconstitucional³³⁵.

A escola clássica considerava a pena como uma forma de intervir sobre o delinquente, a fim de modificá-lo, principalmente utilizada para defender a sociedade do crime, um dissuasivo em razão do crime³³⁶.

Assim, em concebendo a pena como meio de prevenção geral e especial, sem a função retribucionista, é preciso saber sobre a necessidade da tutela penal, em especial quando se utiliza da pena como *ultima ratio*, eis que,

³³³ LOPES JUNIOR., Aury. **Prisões cautelares**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 43.

³³⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raul; Pierangeli, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: volume 1: parte geral**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 70.

³³⁵ LOPES JUNIOR, Aury. **Prisões cautelares**. 4 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 27-28.

³³⁶ BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. Tradução: Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002. p. 31.

no direito penal de prevenção, não se fala em obrigação de tutela, mas na possibilidade de outras medidas eficazes e menos danosas³³⁷.

Porém, veja-se que para fazer uso de uma medida cautelar no processo penal, só é possível se for prevista em lei, com observação de seus requisitos legais. A Lei nº. 12.403/2011 traz um rol taxativo, uma variedade de medidas substitutivas da prisão cautelar, que seguem:

Art. 319 - São medidas cautelares diversas da prisão:

I – comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades; II – proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações; III – proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante; IV – proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução; V – recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos; VI – suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais; VII – internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração; VIII – fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial; IX – monitoração eletrônica³³⁸.

Baratta menciona que, como instrumento de controle social, o direito penal estigmatiza o indivíduo e o cárcere é expressão direta desta “finalidade”, agindo sobre a vida das pessoas marginalizadas:

“[...] o direito penal e suas normas refletem as relações de desigualdade que existem. A aplicação seletiva de penas estigmatizantes, em especial o cárcere, providencia a manutenção da sociedade vertical, eis que interfere de forma negativa sobre os indivíduos das camadas sociais mais baixas, impedindo a ascensão. A punição de determinados comportamentos ilegais serve para cobrir

³³⁷ MARINUCCI, Giorgio. Dolcini, Emilio **Revista portuguesa de ciência criminal**. Diretor: Jorge Figueiredo Dias. Ano 4. Fase 2. abril-junho. Editorial Notícias. Lisboa, 1994, p.185.

³³⁸ LOPES JUNIOR., Aury. **Prisões cautelares**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 30-31.

um sem números de outros tantos que ficam imunes à criminalização³³⁹.

A prisão provisória é medida lamentável, especialmente por cumprir, como mencionado por Roig, “[...] reais finalidades sociais, políticas e econômicas excludentes e humanamente desagregadoras”, deixando-a assim como medida sem legitimidade à frente da democracia que se assevera³⁴⁰.

Não se pode olvidar que o poder de punir, único e exclusivo na mão do Estado condiciona o cidadão, obriga-o às regras e dele as cobra o cumprimento, muitas vezes, de forma a invadir a seara pessoal do indivíduo, sem respeitar de forma literal, os direitos que lhe assistem. Neste sentido Juan Gelman, prefaciando a obra de Zaffaroni diz que “O poder punitivo nos vigia, mutila a privacidade pessoal, mostra um rosto de vítima para disfarçar sua condição de algoz³⁴¹”.

É quase unanimidade acreditar e ter o sistema penal como um instrumento da justiça, o que não confere com o real, eis que o sistema penal “canaliza” a vingança, não respeitando os limites impostos no direito, demonstrando seu poder, exercendo a vingança³⁴².

Andrei Zenkner Schmidt, ao escrever sobre o pretense combate à criminalidade e os métodos utilizados menciona que:

[...] não deve o Estado valer-se de métodos criminosos de combate à criminalidade, já que estaria, em longo prazo, colocando em risco a própria confiança do povo no sistema jurídico. Com efeito, o Estado necessita de uma superioridade moral frente o delito, e não de reações inusitadas e emotivas (tais como tortura, a exasperação de penas, a quebra da presunção de inocência, a violação de

³³⁹ BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002. p. 166.

³⁴⁰ ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Aplicação da pena: limites, princípios e novos parâmetros**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 51

³⁴¹ GELMAN, Juan. Prefácio a obra de Zaffaroni, Eugenio Raúl. **A palavra dos mortos: conferências de criminologia cautelar**. Coordenadores: Luiz Flávio Gomes, Alice Bianchini. São Paulo: Saraiva, 2012. p.14.

³⁴² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A palavra dos mortos: conferências de criminologia cautelar**. Coordenadores: Luiz Flávio Gomes, Alice Bianchini. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 417-418.

propriedade etc.), que, ao serem concretizadas, mais aproximam o povo da imoralidade do que o criminoso da virtuosidade³⁴³.

Da severidade e compreendendo a crueldade das prisões, Santos Copetti alerta que a realidade do sistema prisional no Brasil passa de cruel, porque além de aprisionar o corpo, o preso é submetido ao que considera “insalubres condições materiais” que terminam com a alma e dignidade do indivíduo, bem como, com qualquer forma possível de um “futuro existencial” em que preveja uma vida afortunada³⁴⁴.

O processo penal deve observar o que consta na Constituição. Ali são tutelados direitos, assegurando a divisão de poderes, limitando o próprio Estado. Estes direitos devem apresentar nexos com a divisão de poderes e a democracia, influenciando assim na política criminal, afirmando o direito à dignidade humana e primazia do direito nas relações sociais, devendo, portanto a persecução penal observar estas garantias³⁴⁵.

A intenção das novas medidas cautelares, é justamente impor uma conduta, um modo de se portar ao imputado ou indiciado. É diminuir o cárcere prematuro, já que, de forma ponderada e fundamentada, as cautelares têm cunho de prevenção especial.

As medidas de coerção (cautelares) correspondem de certo modo aos objetivos das medidas penais, já que através delas se busca influenciar a conduta do acusado (prevenção especial). As medidas coativas representam formas de coerção psicológica que se dirigem ao futuro [...] não buscam o castigo pela desobediência à norma, mas sim a obtenção de uma conduta pelo acusado³⁴⁶.

³⁴³ SCHMIDT, Andrei Zenkner. **O princípio da legalidade penal no estado democrático de direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 361.

³⁴⁴ SANTOS, André Leonardo Copetti; Lucas, Douglas Cesar. **O direito fundamental dos menores de 18 anos a não persecução penal**. Revista Direito e Liberdade. RDL. ESMARN. v. 18, n. 1, p. 11-46, jan./abr, 2016. p. 20.

³⁴⁵ PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório. A conformidade constitucional das leis processuais penais**. 3. ed. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2005. p. 44-47.

³⁴⁶ ISHIDA, Válder Kenji. **Processo penal: Incluindo as Leis nº 12.654, de 28 de maio de 2012, nº 12.694, de 24 de julho de 2012, que instituiu o juízo colegiado em primeiro grau, nº 12.714, de 14 de setembro de 2012, e nº 12.736, de 30 de novembro de 2012**. Válder Kenji Ishida. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 201.

Em se tratando de cárcere cautelar, salutar esclarecer que uma garantia não pode ser convertida em fundamento para violar um princípio, como acontece com frequência por conta da proibição de julgar sem estar o réu presente. Encarcerar uma pessoa, de forma antecipada, alegando ser isso necessário para sua defesa é argumento cruel e injustificável. “[...] isto é, para defender-se tem de estar preso, quando, na verdade, a prisão cautelar implica um obstáculo para preparar e realizar a ampla defesa³⁴⁷”.

Deveras importante entender esse uso descabido do cárcere prematuro. Utilizar-se do argumento de que o réu não está contribuindo com as investigações, não serve para determinar-se a cautelar, à razão de que ele tem proteção fundamental contra qualquer investigação. Há o direito ao silêncio e o direito de não contribuir ativamente para o ônus da prova da acusação. Assim, prender o réu, o indiciado ou acusado, motivado no fato de que ele não contribui para a justiça é um absurdo. De igual sorte, é uma estupidez buscar coagi-lo ou mesmo estimulá-lo a fornecer elementos de prova em seu desfavor. São fatores que pecam contra os princípios anunciados. Também não pode um indivíduo ser preso para ser interrogado, porque não se justifica prender para que ele exerça seu direito³⁴⁸.

Na atualidade, vige a compreensão de que as prisões foram criadas para servir de substituição aos castigos corporais e penas de morte, atendendo a punição e, ao mesmo tempo, como proteção social e forma de reeducar. Mas elas sofreram modificações em sua aplicação, tornando-se, de acordo com Bertaso “sede de horrores”, sendo necessária, portanto, a reformulação do sistema³⁴⁹.

Estas prisões não podem se manter aos moldes cruéis à semelhança dos tempos medievos. Isso reclama uma discussão séria sobre a

³⁴⁷ SANGUINÉ, Odone. **Prisão cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. ISBN 978-85-309-5815-2. Disponível em: <http://www.upf.br/biblioteca/acervo-virtual/bibliotecas-virtuais>. Acessado: 10/02/2017.

³⁴⁸ MENDONÇA, Andrey Borges de. 1979. **Prisão e outras medidas cautelares pessoais**. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: Método, 2011. p. 276-277.

³⁴⁹ BERTASO, João Martins; Gaglietti, Mauro José. **Diálogo e entendimento: direito e multiculturalismo & cidadania e novas formas**. vol. 3. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2011. p.12.

política da criminalidade. Luiz Flávio Gomes, numa referência à crueldade do cárcere, faz a seguinte colocação:

As prisões, pouco importando se o governante é de direita ou de esquerda (conservador ou liberal), continuam sendo cruéis e impiedosas, um continuum dos ergástulos, das enxovias, das masmorras, dos vestibulos dos pelourinhos, dos depósitos das câmaras de suplícios, dos bastidores do cenário final onde os acusados morriam atezados, fustigados, esquartejados, enforcados, queimados, no meio de um espetáculo e de uma liturgia macabra, tal como descreveu Foucault (2010, passim). Os suplícios contra os detidos nunca restabelecem a justiça, sim, renovam o poder punitivo. O teatro do terror, a crueldade, a violência corporal e moral, o jogo de forças, o cerimonial degradante, tudo faz parte do aparato político da penalidade, até os dias atuais. Além da tortura, do castigo físico, inflige-se o escarmento ao criminoso, com humilhações infamantes.³⁵⁰

Quer parecer que atualmente se verificam os moldes do sistema inquisitório, já referido no primeiro capítulo. O texto que abaixo segue compilado, expressa a intenção constante do sistema inquisitório na busca da já mencionada verdade real, de forma desenfreada e despida de qualquer sentimento de respeito ao ser humano, demonstrando, à semelhança do que hoje ocorre, onde o uso indiscriminado da prisão cautelar:

A estrutura do processo inquisitório foi habilmente construída a partir de um conjunto de instrumentos e conceitos (falaciosos, é claro), especialmente o de “verdade real ou absoluta”. Na busca dessa tal “verdade real”, transforma-se a prisão cautelar em regra geral, pois o inquisidor precisa dispor do corpo do herege. De posse dele, para buscar a verdade real, pode lançar mão da tortura, que se for “bem” utilizada conduzirá à confissão. Uma vez obtida a confissão, o inquisidor não necessita de mais nada, pois a confissão é a rainha das provas (sistema de hierarquia de provas). Sem dúvida, tudo se encaixa para bem servir ao sistema³⁵¹.

Para Ingo Sarlet, segurança em sentido jurídico, se traduz na “[...] efetiva proteção dos direitos fundamentais contra qualquer modo de

³⁵⁰ GOMES, Luiz Flávio. **Beccaria (250 anos) e o drama do castigo penal: civilização ou barbárie?** São Paulo: Saraiva, 2014, p. 12.

³⁵¹ LOPES JUNIOR. Aury. **Direito Processual penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 69.

intervenção ilegítima por parte de detentores do poder quer se trate de uma manifestação jurídica ou fática do exercício do poder”³⁵².

Com efeito, o direito de silêncio e de não fazer prova contra si, devem ser entendidos como atos livres, que não sofram qualquer espécie de pressão. Não exercer o direito ao silêncio é abrir mão de sua autodefesa negativa (deixa de exercer seu direito de não colaborar ou falar) que somente pode refletir como presunção de inocência³⁵³.

Mas é imprescindível saber que o direito de calar-se, ainda que não de forma escrachada, pode sim vir em prejuízo do réu, já que não se tem como ter certeza que esse não influenciará o magistrado. É como a palavra proferida, porém ao avesso. Porque não dita é a pergunta que fica.

[...] o magistrado, ao lavrar sua persuasão racional, na parte da motivação da *pronuntiatio iudici*, não poderá levar em consideração, para efeito do acolhimento da pretensão punitiva, o silêncio do acusado. Outrossim, fica muito difícil admitir a inviolabilidade da garantia contida na última parte desse parágrafo, ou que o silêncio do réu não influirá no convencimento do juiz, por se cuidar de situação plenamente subjetiva, que não aparece na motivação da prestação jurisdicional. Em linhas gerais, o magistrado poderá, sem que fique constatado em sua sentença, interpretar o silêncio do acusado em seu prejuízo, admiti-lo como confissão ficta e, mais ainda, permitir que haja influência em seu livre convencimento. Diante disso, à luz da realidade, os óbices colocados pelo legislador somente serão obedecidos dependendo de postura, retidão e consciência do magistrado sentenciante, principalmente no sentido de se curvar diante do preceito constitucional que assegura o direito de silêncio ao acusado³⁵⁴.

Nessa vereda, a equidade, tão integrante dos discursos políticos, sociais e jurídicos, não é só garantir o razoável do racional. Implica em tratamento adequado, de respeito ao ser humano enquanto ser dotado de racionalidade, em que direitos tolhidos de alguns, assim não o sejam de todos. É uma paridade de tratamento, que se volta às garantias fundamentais.

³⁵² SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 47, 2004. p. 68.

³⁵³ LOPES JUNIOR, Aury; Gloeckner, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 484-485.

³⁵⁴ MOSSIN, Heráclito Antônio. **Garantias fundamentais na área criminal**. Barueri. São Paulo: Manoele, 2014, p. 130.

Rawls com propriedade insurge-se contra a pretensão de ter certa a derivação de definidor de razoável do já definido racional:

Na justiça como equidade, o razoável e o racional são considerados duas ideias básicas distintas e independentes. São distintas no sentido de não haver a menor intenção de derivar uma da outra; em particular, não há a menor intenção de derivar o razoável do racional. Na história do pensamento moral, alguns tentaram fazer isso.

[...] Pensam que, se o razoável puder ser derivado do racional, isto é, se alguns princípios bem definidos de justiça puderem ser derivados das preferências, das decisões ou dos acordos de agentes meramente racionais em circunstâncias adequadamente especificadas, então o razoável finalmente terá sido posto sobre uma base firme.

[...] A justiça como equidade rejeita essa ideia. Não procura derivar o razoável do racional. Na verdade, a tentativa de fazer isso pode indicar que o razoável não é fundamental e necessita de uma base da qual o racional não precisa na mesma medida³⁵⁵.

Apesar de existir a proteção contra a autoincriminação, prescinde ter em mente que não se pode crer que se trate tão somente de proibição contra uso de meios cruéis e degradantes. É mais. No sistema acusatório, significa que não se pode buscar a confissão a qualquer preço, não podendo ser ela objetivo central, nem o acusado pode ser somente tido como objeto prova, fonte principal, sob pena de se estar conduzindo o processo aos moldes inquisitoriais, como acontecia ao tempo do sistema ordálio³⁵⁶ que tem na confissão a prova máxima³⁵⁷.

Casara e Melchior, lembrando a riqueza que existe na transdisciplinaridade, concebem o processo penal como instrumento de mudanças. Cite-se:

Um processo penal que apela ao desejo da mediação transdisciplinar enraíza o conhecimento “numa cultura, numa sociedade, numa história, numa humanidade”, e assim cria uma grande mudança no

³⁵⁵ RAWLS, John. **O liberalismo político**: Trad. Dinah de Abreu Azevedo. 2. ed. Atica. 2000. p. 95.

³⁵⁶ Sistema ordálio: também chamado de juízos de Deus, era empregado nas civilizações antigas, vigorando até a época das inquisições. A condenação era justificada como vontade de Deus. ISHIDA, Válder Kenji. **Processo penal: Incluindo as Leis nº 12.654, de 28 de maio de 2012, nº 12.694, de 24 de julho de 2012, que instituiu o juízo colegiado em primeiro grau, nº 12.714, de 14 de setembro de 2012, e nº 12.736, de 30 de novembro de 2012**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p.150.

³⁵⁷ MARTELETO Filho, Wagner. **O direito à não autoincriminação no processo penal contemporâneo: investigação genética, interceptações telefônicas e ambientais, agentes infiltrados e outros problemas**. Belo Horizonte: Del Rey. 2012, p.165.

centro paradigmático do qual dependem várias teorias, a percepção dos fatos e, o mais importante, a visão de si mesmo³⁵⁸.

A realidade brasileira, inclusa em uma criminalidade moderna, percebe as mudanças no Direito Penal e no Processo Penal, em que se desistem de alguns princípios fundamentais para que o direito penal não se torne enfraquecido como forma de proteção jurídica. Porém, a política criminal deve se adequar à modernização, deve resguardar princípios, transpor barreiras para ser efetiva, o que dela se espera³⁵⁹.

2.3 A liberdade de escolha e voluntariedade na colaboração premiada diante da prisão provisória concebida como coação estatal e o princípio da intervenção mínima.

Ao começar este subtítulo, há que se atentar ao já discorrido anteriormente sobre a dignidade humana, que certamente implica em necessário respeito e proteção do indivíduo.

Salo de Carvalho tem que a capacidade de se autodeterminar, é o único modo de se ter resguardada a dignidade da pessoa. Garantir ao “outro” o direito de agir de forma diferente e de se portar de forma diversa é garantir a tolerância e o pluralismo³⁶⁰.

A forma atual de ser do direito penal traz efeitos negativos, como ser ele utilizado para a produção de uma política criminal mais severa, ainda que iníqua, desvirtuando, por assim dizer, a forma do direito penal e do processo

³⁵⁸ CASARA, Rubens RR; Melchior, Antonio Pedro. **Teoria do processo penal brasileiro: dogmática e crítica vol. I: conceitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 12.

³⁵⁹ SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Criminologia e os problemas da atualidade**. Organizadores: Alvino Augusto de Sá, Sérgio Salomão Shecaira. São Paulo: Atlas, 2008. ISBN 978-85-224-5206-4. p. 191. Disponível em: <http://www.upf.br/biblioteca/acervo-virtual/bibliotecas-virtuais>. Acessado em 20/01/2017.

³⁶⁰ CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias**. 3. ed. Ed. Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2008. p. 158.

penal, para enfraquecer determinados direitos e garantias. O direito penal segue a tendência de, ao invés de voltar-se para o cidadão, tomar o indivíduo (por conta do autoritarismo) como um perigo, um inimigo a ser combatido, em nome da esperada - e falsa - sensação de segurança que decorre destas edições de normas assimétricas.³⁶¹

Não se pode intervir na individualidade da pessoa humana. Esta tarefa deve também ser observada pela comunidade, mas especialmente pelo legislador, que deve criar condições que viabilizem o exercício do direito à dignidade, que quando ameaçado ou lesado, deve fazer parar a lesão, haja vista a opressão socioeconômica exercida por detentores de poder social, especialmente num mundo globalizado³⁶².

Ter a prisão como instrumento, como forma de disciplina que parte do governo, revela ter na delinquência o produto que gera o necessário cerceamento da liberdade de ir e vir, tornando-se a prisão, base para a atuação da justiça criminal, meio de controlar a sociedade. Essa aplicabilidade de disciplina favorece o governar e a soberania, incide sobre as práticas governamentais para a delinquência, a prisão, e o controle da criminalidade³⁶³.

Por conta do baixo nível de relacionamento social, por conta do estigma do indivíduo preso, ele experimenta e vive no cárcere, intensa expressão dura de relação de poder, se percebe assujeitado numa relação de dominação, o que pouco lhe faz diferença ali, frente da total falta de liberdade, que, no entanto, refletirá na sua história de vida, lamentável e possivelmente, em uma repetição de criminalidade, exclusão certa e redução à marginalidade³⁶⁴.

³⁶¹ JESUS, Damásio E. de. **Temas de direito criminal**. 2. série. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 67.

³⁶² SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. p. 89-91.

³⁶³ SOUZA, Thaís Ferreira de Jacarandá; Rodolfo de Freitas. **Direito penal e política criminal** Organização: Fabio Roberto D'Avila; Daniel Leonhardt dos Santos. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2015. Revisão da concepção foucaultiana de delinquência. p. 745.

³⁶⁴ *Ibid.*, p.752.

Trata-se de inclusão por conta da exclusão, como se fosse possível excluir um “mal social”:

O uso do aprisionamento cresce, atualmente, pelo aperfeiçoamento dessa fórmula de “inclusão pela via da exclusão”. Em países como o Brasil as técnicas de punição voltadas para a penalização máxima também possuem suas forças no contexto jurídico-social. Os estudos críticos ainda não fizeram muito efeito no país ao demonstrar ao magistrado criminal o seu papel como “funcionário do cárcere”. Os magistrados brasileiros ainda estão presos ao arcaísmo da primeira fase apontada por Foucault quando justificam o uso do aprisionamento: eles pensam em “tirar o mal de circulação”. Na verdade, quando determinam o aprisionamento, eles estão dando início a esse processo de “circulação”³⁶⁵.

E na realidade brasileira se mostra a percepção trágica de “efeitos colaterais” que o cárcere gera para a pessoa do preso (provisório ou definitivo). Perceber essa circunstância faz pensar na efetividade, na eficiência e na lesividade do cárcere, especialmente o prematuro, considerando sua falta de temporariedade na prática.

Disponibilizar fisicamente do imputado, somente se for o caso de execução, mas nunca para assegurar e satisfazer a prova, que é uma medida desproporcional, sendo notória manifestação de estar presente o processo de modo e forma inquisitiva³⁶⁶.

Talvez, ou muito provável, esteja-se aqui de frente para o que Claus Roxin mencionou como situação de desconforto, intensificado por conta da sistemática minuciosa da dogmática que é constituído de sutis precisões conceituais, numa desproporção entre os esforços despendidos com os conceitos e a suas consequências práticas³⁶⁷.

³⁶⁵ SOUZA, Thaís Ferreira de Jacarandá; Rodolfo de Freitas. **Direito penal e política criminal** Organização: Fabio Roberto D’Avila; Daniel Leonhardt dos Santos. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2015. Revisão da concepção foucaultiana de delinquência. P. 752.

³⁶⁶ SANGUINÉ, Odone. **Prisão cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. ISBN 978-85-309-5815-2. Disponível em <http://www.upf.br/biblioteca/acervo-virtual/bibliotecas-virtuais>. Acessado: 10/02/2017.

³⁶⁷ ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**, Trad. Luis Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 7.

Sobre a inconstitucionalidade da prisão cautelar decretada para obter colaboração, menciona Sanguiné que:

Portanto, é inconstitucional a decretação da prisão cautelar (temporária ou preventiva) exclusivamente com o objetivo de estimular, induzir ou obter a colaboração com a autoridade judicial, com o fito de coagi-lo a fornecer elementos incriminatórios, tais como a confissão ou a participação ativa do imputado ou da pessoa submetida às investigações, por manifesta violação dos princípios da proibição de autoincriminação (*nemo tenetur se ipsum accusare*) e da proporcionalidade³⁶⁸.

Como já mencionado, o interrogatório é meio de defesa, donde é um dissenso fazer uso de prisão, que é uma medida coercitiva, para que o sujeito exerça seus direitos, assim como também não é dotada de razoabilidade a atitude de ficar na dependência da confissão, o desvendar do crime. Prender para obter prova é uma medida desproporcional e inadequada, especialmente diante da existência de medidas alternativas menos lesivas como já citado³⁶⁹.

Necessário aqui convidar o leitor para uma diferenciação deveras importante, qual seja: a diferença entre ato espontâneo e ato voluntário imprescindíveis na delação.

Tem-se no ato espontâneo, que a iniciativa surge da ideia advinda de seu agente, quando no ato voluntário tal exigência é desnecessária, bastando que ele queira fazê-lo, ou seja, queira praticar um ato, ainda que a ideia não tenha sido sua. No instituto da delação, não se exige seja o ato espontâneo. Exige-se, no entanto que a colaboração, a vontade de praticar o ato de colaborar seja livre, sem qualquer espécie de ameaça³⁷⁰.

A ordem jurídica, no entanto, não pode limitar a totalidade da liberdade de um indivíduo, como sua conduta externa e interna, seu agir,

³⁶⁸ SANGUINÉ, Odone. **Prisão cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. ISBN 978-85-309-5815-2. Disponível em <http://www.upf.br/biblioteca/acervo-virtual/bibliotecas-virtuais>. Acessado: 10/02/2017.

³⁶⁹ SANGUINÉ, Odone. **Prisão cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. ISBN 978-85-309-5815-2. Disponível em <http://www.upf.br/biblioteca/acervo-virtual/bibliotecas-virtuais>. Acessado: 10/02/2017.

³⁷⁰ BITTAR, Walter Barbosa. **Delação premiada: direito estrangeiro, doutrina e jurisprudência**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p.163.

querer, pensar e seu sentir, numa esfera da vida humana que não é possível qualquer ordem ou proibição. Existe uma liberdade que não é passível de alienação, que funciona como um limite técnico, que são as chamadas liberdades constitucionalmente asseguradas³⁷¹.

Mas isso não está sendo respeitado. A vontade não tem sido respeitada. A título de esclarecimentos, tem-se que é importante entender o processo volitivo. Frota menciona que este processo compreende quatro etapas, que seguem:

- Intenção ou propósito – fase onde se esboçam as tendências de ação, sob a forma de algum interesse, centrada sobre determinado objeto;
- Deliberação – fase relativa ao questionamento consciente dos motivos; análise do que será favorável ou desfavorável (apreciação),
- Decisão - momento culminante que demarca o começo da ação;
- Execução - consumação dos propósitos³⁷².

Sobre uma vontade, um querer e um sentir, é possível que uma de nossas capacidades seja maior que as demais, que se torne tão mais forte, insuportavelmente mais forte, que condicione e atraia as demais para o mesmo fim:

As três capacidades fundamentais da mente - pensar, sentir e querer - estão perfeitamente interligadas e envolvidas em qualquer ato... Cada faculdade da alma (pensar, sentir, querer) tem seus estados permanentes e transitórios [...] A vontade também é capaz de originar esses estados [...] duas potências da alma associadas têm a força de atrair a terceira para o mesmo propósito³⁷³.

O direito processual não exige que seja esta um ato espontâneo, bastando ser voluntário. Diga-se mais ainda: “A colaboração pode ocorrer em

³⁷¹ PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório. A conformidade constitucional das leis processuais penais**. 3. ed. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2005. p. 66.

³⁷² FROTA, Denis (Benne Den). **Essência – Mapeamento da Personalidade**. 1. ed. Rio de Janeiro: Câmara Brasileira de Jovens Escritores, 2008. p. 45.

³⁷³ *Ibid.*, p. 39.

face de sugestão ou conselho de terceiro. Mesmo assim, consistindo em ato de vontade do sujeito, aproveita-se³⁷⁴”.

Para a filosofia grega, a distinção entre o querer e o poder era desconhecida. A vontade movia o homem na busca do que poderia alcançar e que lhe cabia por natureza. Não era poder de escolha, mas uma compulsão do querer interno como o fim pretendido³⁷⁵.

Já para o direito processual penal, a vontade³⁷⁶ dirigida ao fim de praticar a delação, deve implicar numa ação voluntária, onde exista uma possibilidade de escolher, onde se possa refletir sobre as escolhas e decidir de acordo com estas, sem que seja apenas instintivo ou impulsivo³⁷⁷.

Tercio Sampaio Ferraz Junior menciona que “[...] A liberdade (da vontade) torna-se a condição essencial da igualdade humana e a efetividade de seu exercício de poder, a condição das diferenças.”³⁷⁸.

A liberdade de exercício está intimamente ligada ao querer e poder. Esse querer, vontade, consta de exercer ou não um ato voluntário, é uma opção. Exercê-la ou não, é onde de fato reside a essência da liberdade. O exercício de uma vontade não depende de poder, pois é sentida na alma. A vontade é livre, a liberdade impera em seu interior. A vontade limitada pelo poder (querer e não poder) é a que está impregnada de sentido político³⁷⁹. É

³⁷⁴ JESUS, Damásio E. de. **Temas de direito criminal**, 2. série. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 32.

³⁷⁵ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Estudos de filosofia do direito: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito**. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 87.

³⁷⁶ Vontade: a capacidade de querer. A vontade é o poder da alma de escolher entre motivos e em seguida dirigir sua atividade para o motivo escolhido, um novo modo de vida. FROTA, Denis (Benne Den). **Essência – Mapeamento da Personalidade**. 1. ed. Rio de Janeiro: Câmara Brasileira de Jovens Escritores, 2008. p. 36.

³⁷⁷ Impulsivo: uma simples descarga motora, sem direção e sem conteúdo; Instintivo: um ato sem considerações conscientes, embora dotado de finalidade. FROTA, Denis (Benne Den). **Essência – Mapeamento da Personalidade**. 1. ed. Rio de Janeiro: Câmara Brasileira de Jovens Escritores, 2008. p. 45.

³⁷⁸ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Estudos de filosofia do direito: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito**. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 88.

³⁷⁹ *Ibid.*, p. 87.88.

possível obrigar um homem a fazer algo, mas não podemos obrigar ele a querer esse algo, essa é a vontade livre³⁸⁰.

Fundamental ter conhecimento que a letra “e” do inciso XLVII do art. 5º da Constituição Federal, proíbe a imposição de penas cruéis, que causem um padecimento desnecessário ou que agridam a dignidade da pessoa humana. Esta crueldade pode ser tanto física quanto moral, sendo que aí está incluída a tortura.

Assim, nenhuma confissão obtida por meios não permitidos pode ser validada:

Nem se diga, a esse propósito, da absoluta nulidade de qualquer confissão obtida através de meios de tortura ou coação, física ou moral, não só pela afronta à dignidade humana e seus direitos e garantias individuais, mas também porque jamais se tornaria passível de credibilidade o seu conteúdo quando obtido por essas formas³⁸¹.

No processo penal não existe possibilidade de conceber a confissão tácita, devendo ser de forma expressa, livre e voluntária. Qualquer modo de coação utilizado quando da confissão (dentre estes atos de tortura e intimidação) conduzirão à forçosa conclusão de reconhecimento da ilicitude da prova. A delação premiada é a confissão mais a entrega dos demais comparsas, objetivando esclarecer o delito, onde haja o desejo do acusado/indiciado de colaborar, sem que haja interferência de terceiros. Não se trata de mera voluntariedade, mas sim de espontaneidade que é exigida pela lei³⁸².

Considerada por muitos sistemas jurídicos “a rainha das provas” a confissão parece implicar em desnecessária produção de outras provas. Mas poderá ocorrer oportunidade em que a confissão não seja verdadeira, donde deve ela ser confrontada com outras provas, sob pena de a dúvida ser eterna.

³⁸⁰ FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Estudos de filosofia do direito: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito**. 2. Ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 89.

³⁸¹ MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Provas no processo penal: estudo sobre a valoração das provas penais**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p.115.

³⁸² TÁVORA, Nestor; Vinícius, Assumpção. **Processo penal II: provas – questões e processos incidentes**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 21.

Se obtida por tortura ou qualquer espécie de coação, deve ser declarada sua nulidade. Veja-se a lógica:

Não é difícil imaginar uma situação em que alguém confesse a prática de um crime que não cometeu, seja porque se sentiu intimidado, seja para proteger alguém querido, ou por qualquer outra circunstância. Esta confissão não conterá detalhes sobre os fatos e a mentira emergirá assim que sejam indagados pelo Juiz ou pela autoridade policial. Nem se diga, a esse propósito, da absoluta nulidade de qualquer confissão obtida através de meios de tortura ou coação, física ou moral, não só pela afronta à dignidade humana e seus direitos e garantias individuais, mas também porque jamais se tornaria passível de qualquer credibilidade o seu conteúdo quando obtido por essas formas³⁸³.

Se, na situação real, se estiver diante de um magistrado que esteja mais preocupado em demonstrar a eficácia do processo, de mostrar “serviço” com a determinação de prisões provisórias, ignorando os direitos da pessoa, estar-se-á também diante de um constrangimento ilegítimo. Mas a possibilidade de um encarceramento ou de uma liberdade (acenar com esta quando o sujeito estiver recluso) pode conduzir o imputado à confissão. Uma prisão com estes objetivos será ilegítima “[...] pois a medida cautelar se transforma em um instrumento de investigação das provas, operante por toda a duração da investigação”. O direito ao silêncio [...] veda que a prisão cautelar possa ser utilizada como instrumento promocional ou meio de coação para obrigar ao acusado a colaborar ou induzi-lo a confessar”³⁸⁴.

Calar-se durante o processo ou durante o inquérito, não pode trazer consequências ao réu como se traduzir em motivo para uma prisão cautelar. Não pode equivaler a uma permissão legítima de continuação do cárcere, embasada num suposto perigo de contaminação de prova. Por outro lado, também não pode a colaboração ser determinante para revogação da medida,

³⁸³ MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Provas no processo penal: estudo sobre a valoração das provas penais**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p.129.

³⁸⁴ SANGUINÉ, Odone. **Prisão cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. ISBN 978-85-309-5815-2. Disponível em: <http://www.upf.br/biblioteca/acervo-virtual/bibliotecas-virtuais>. Acessado: 10/02/2017.

porque na verdade sua revogação deve correr pelo esgotamento das funções do instrumento utilizado. Observe-se:

A contribuição do acusado, com a admissão de sua culpabilidade, a denúncia de outro partícipe, assim como a colaboração dirigida à aquisição de novos elementos probatórios, constitui uma sintomática manifestação da utilização do instrumento coercitivo – não mais cautelar – mas sim transformado em verdadeiro e próprio meio de busca de prova. É indiscutível que nenhuma medida cautelar pode ser imposta com a finalidade de obter coativamente a presença do imputado para o cumprimento de atos que pressuponham a participação ativa, por meio de declarações ou, a fortiori, para obter a confissão do imputado contra a sua vontade³⁸⁵.

O direito ao silêncio e a vedação da autoincriminação, criam obstáculos para o uso da prisão cautelar se destinada à “finalidade espúria” de servir como instrumento para conseguir a prova, especialmente quando diante do desinteresse do imputado ou do réu em contribuir³⁸⁶.

Montesquieu (1689-1755) mencionava que embora na democracia pareça que o povo pode fazer o que bem quiser, isso não confere no que concerne à liberdade política, que consiste em “[...] poder fazer o que deve querer e não ser forçado a fazer o que não se tem direito de querer”. Salientava referido autor que:

Deve-se ter em mente o que é a independência e o que é a liberdade. A liberdade é o direito de fazer tudo o que as leis permitem; e se um cidadão pudesse fazer o que elas proíbem ele já não teria liberdade, porque os outros também teriam este poder³⁸⁷.

Na liberdade impera a igualdade, que a natureza humana se força a abrir mão por conta das relações sociais, que por conta de sua imperativa

³⁸⁵ SANGUINÉ, Odone. **Prisão cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. ISBN 978-85-309-5815-2. Disponível em: <http://www.upf.br/biblioteca/acervo-virtual/bibliotecas-virtuais>. Acessado: 10/02/2017.

³⁸⁶ Ibid., 2014. Acessado: 10/02/2017. ³⁸⁶ SANGUINÉ, Odone. **Prisão cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. ISBN 978-85-309-5815-2. Disponível em <http://www.upf.br/biblioteca/acervo-virtual/bibliotecas-virtuais>. Acessado: 10/02/2017.

³⁸⁶ Ibid., 2014. Acessado: 10/02/2017.

³⁸⁶ Ibid., 2014. Acessado: 10/02/2017.

³⁸⁷ MONTESQUIEU, Charles de. *Secondat, Baron de. 1689-1755. O espírito das Leis*. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p.166.

necessidade e importância deve ser resgatada pela lei. Montesquieu refere que:

Assim como o céu está distante da terra, o verdadeiro espírito de igualdade o está do espírito de igualdade extrema. O primeiro não consiste em fazer com que todos comandem, ou que ninguém seja comandado; e sim em obedecer e comandar seus iguais. Não busca não ter nenhum senhor, e sim só ter iguais como senhores. No estado de natureza, os homens nascem realmente na igualdade; mas não poderiam nela permanecer. A sociedade faz com que a percam, e ele só voltam a ser iguais graças às leis³⁸⁸.

Rawls entende que a ignorância, as parcas condições materiais e a miserabilidade financeira, são fatores que de sobremaneira influenciam no modo e no valor que a liberdade tem para estas pessoas, como a usufruem e como lhe tiram proveito³⁸⁹.

Muitas são as perguntas por conta da delação. Castellar questiona se, diante do fato de premiar-se o réu preso em troca da delação - o que condiciona o agir dos mesmos à soltura ou abrandamento de pena - realmente se está diante de provas legítimas ou não. Ou, se com essa possibilidade, não se está somente demonstrando de forma clara, a força do Estado, força desproporcional, que influi na liberdade de escolha do preso, liberdade esta que deve ser desprovida de coação ou constrangimento³⁹⁰.

Forçar alguém a contribuir com sua incriminação é característica de uma atitude extorsiva, uma ameaça por parte do Estado em troca de um benefício ao processo, se traduzindo num fim ilegítimo diante do Estado de Direito, da razoabilidade e da proporcionalidade.

[...] uma adulteração da medida cautelar que torna inconstitucional a prisão e ilícita a prova assim obtida e os frutos dela derivados³⁷. Com efeito, são inadmissíveis no processo, as provas obtidas por meios ilícitos (art. 5º, inc. LVI, da CF) de modo que “a confissão do acusado

³⁸⁸ MONTESQUIEU, Charles de. *Secondat, Baron de. 1689-1755. O espírito das Leis*. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p.123.

³⁸⁹ RAWLS, John. *O liberalismo político*: Trad. Dinah de Abreu Azevedo. 2. ed. Ática, 2000. p. 38.

³⁹⁰ CASTELLAR, João Carlos. *Direito penal econômico versus direito penal convencional: a engenhosa arte de criminalizar os ricos para punir os pobres*. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013. p. 171.

só é válida se feita sem coação de nenhuma natureza” (art. 8º3 da CADH)”³⁹¹.

Por certo que ordem jurídica proíbe o uso da força de um indivíduo para com o outro, seja por meio de uma sanção ou coação. Neste sentido, de extremada valia fazer a necessária distinção entre o uso de força proibido ou autorizado, onde este comporta a reação contra algo que não seja desejado pela sociedade. Disto se extrai que o uso da força, quando reação, é permitido, num claro monopólio da coação por parte da comunidade jurídica³⁹².

Salo de Carvalho menciona que na busca de respostas prontas para uma sociedade punitiva, ocorre grande banalização das prisões cautelares, manifestando que o garantismo busca minimizar os efeitos trágicos das liberdades públicas, sendo necessário controlar a coação direta dos aparelhos repressivos³⁹³.

Considera o autor que a liberdade triunfa quando a lei aprecia a natureza de cada delito onde “Toda a arbitrariedade acaba; a pena não vem mais do capricho do legislador, mas da natureza da coisa; e não é o homem que faz violência ao homem”³⁹⁴.

Como já mencionado, conseguir uma confissão implica em se ter como resolvido o caso. Do contrário, sua inexistência implica geralmente em ter um processo sem solução eficiente.

Coagir o acusado significa, por seu turno, também de forma quase absoluta, obter a confissão. Do que é lícito concluir: a possibilidade da coação representa a alma de uma investigação com sucesso. O resto consubstancia mero complemento³⁹⁵.

³⁹¹ SANGUINÉ, Odone. **Prisão cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. ISBN 978-85-309-5815-2. Disponível em: <http://www.upf.br/biblioteca/acervo-virtual/bibliotecas-virtuais>. Acessado: 10/02/2017.

³⁹² KELSEN, Hans, 1881-1973. **Teoria pura do direito**. Tradução: João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. 25-26.

³⁹³ CARVALHO, Salo. **As ciências criminais em debate**. Organização: Renata Almeida Costa; Luiz Fernando Pereira Neto. Passo Fundo: Ed. Universidade de Passo Fundo, 2006. p. 95-97.

³⁹⁴ MONTESQUIEU, Charles de; Secondat, Baron de. 1689-1755. **O espírito das Leis**. Trad. Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996. p.199.

³⁹⁵ THOMPSON, Augusto. **Quem são os Criminosos? O Crime e o Criminoso: Entes Políticos**. 2. edição. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2007. p. 81.

Na Idade Média cada prova possuía um valor, e, diante destas provas, o juiz muitas vezes, ainda que convencido da inocência acabava condenando por conta do valor atribuído à prova. Assim gerou-se grande interesse de aferir, na via da confissão, a verdade, tida como rainha das provas. A confissão se mostrava suficiente para ter a decisão mais acertada, ainda que para tanto se utilizasse da tortura, já que muito grande a tentação de ter possibilidade de obter a confissão, sinônimo de certeza, como hoje está a acontecer quando da delação premiada. É por demais tentadora a oferta judicial (de redução de pena de extinção ou concessão de perdão judicial) donde a espontaneidade resta duvidosa, não só com relação a liberdade desta troca, mas também sobre a verdade de seu conteúdo. É a administração da justiça fazendo trocas, fato ao mínimo, controverso³⁹⁶.

E isso é uma preocupação que se trata de uma questão difícil, literalmente, à razão da qualidade da oitiva do colaborador, já que como réu não resta obrigado com a verdade, ao que o valor do depoimento incriminatório por vezes é reconhecido, por vezes não³⁹⁷. Veja-se que:

Portanto, constitui uma distorção aplicativa a decretação ou o prolongamento da prisão provisória para obter prova, isto é, como instrumento de pressão para constranger ao imputado a confessar, ou para induzir o imputado a realizar declarações acusatórias em relação a outros acusados, com uma finalidade bem diferente e inclusive antagônica à cautelar, convertendo-a, abertamente, de meio para proteger a prova, em meio para obter a prova³⁹⁸.

Do todo já exposto, necessário relembrar que no sistema inquisitivo, a prisão do suspeito serve para utilizá-lo, de forma mais eficaz, como fonte de prova. Esse modelo segue o princípio da autoridade, concentrando-se na busca da verdade, e, como a busca da prova cabe ao magistrado, ele se utiliza de poderes coercitivos, com primazia aos direitos da sociedade, onde até

³⁹⁶ CASTELLAR, João Carlos. **Direito penal econômico versus direito penal convencional: a engenhosa arte de criminalizar os ricos para punir os pobres**. 1 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013. p.169 e 170.

³⁹⁷ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de processo penal: comentários consolidados e crítica jurisprudencial**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 451.

³⁹⁸ SANGUINÉ, Odone. **Prisão cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. ISBN 978-85-309-5815-2. Disponível em: <http://www.upf.br/biblioteca/acervo-virtual/bibliotecas-virtuais>. Acessado: 10/02/2017.

sacrificar inocentes se torna medida possível à busca da prova efetiva. Atualmente:

A prisão preventiva desenvolve função similar à tortura, isto é, deve induzir o imputado a confessar”, donde [...] inegável a estreita relação histórico-dogmática entre os traços mais característicos do princípio inquisitivo (investigação inquisitiva e secreta, ausência de contraditório prévio etc.) e a prisão provisória³⁹⁹.

No processo inquisitivo, o suspeito é meio de prova e a tortura serve para obter a confissão do réu. O direito ao silêncio inexistente. Já no processo acusatório, se tem presente e constante o direito ao devido processo legal, assegurado então (a presunção de inocência), com as garantias do preso respeitadas, tendo que vige a luta processual entre dois contrapostos, acusador e acusado, onde o órgão imparcial deve julgar, assegurando à defesa, direitos e faculdades idênticas às do acusador⁴⁰⁰.

Perseguir a verdade real a qualquer custo, insistindo-se na ideia de que a verdade material é que rege processo, é legitimar o sistema inquisitório, com toda sua “barbárie”⁴⁰¹.

A confissão, se obtida por meio de violência (física ou psicológica), se opõe à garantia do silêncio e da não autoincriminação e, visivelmente contraria interesses da pessoa confitente. Confessar-se implica considerar-se já julgado. Quem confessa, condena-se a si mesmo⁴⁰².

[...] a integridade moral do preso, que também deve ser respeitada, tem acepção bastante ampla, compreendendo em seu bojo a dignidade, a liberdade psicológica, os costumes e quaisquer outros elementos que possam compor a personalidade individual. Assim, *exempli pare*, não se concebe que se sujeite o preso a humilhações, ameaças e a qualquer comportamento contrário aos bons costumes e a sua formação, em qualquer nível até mesmo religioso⁴⁰³.

³⁹⁹ SANGUINÉ, Odone. **Prisão cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. ISBN 978-85-309-5815-2. Disponível em: <http://www.upf.br/biblioteca/acervo-virtual/bibliotecas-virtuais>. Acessado: 10/02/2017.

⁴⁰⁰ *Ibid.* Acessado: 10/02/2017.

⁴⁰¹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Introdução aos princípios gerais do direito processual penal brasileiro**, 1998. p. 41.

⁴⁰² MOSSIN, Heráclito Antônio. **Garantias fundamentais na área criminal**. Barueri. São Paulo: Manoele, 2014. p. 124.

⁴⁰³ *Ibid.*, p. 237.

Ora, para estabelecer o melhor argumento, é preciso compreendê-lo dentro de condições ideais de comunicação em determinada situação, donde necessário primar-se pela igualdade de oportunidade para todos os participantes do discurso, que detenham a liberdade de expressão, onde se pugne pela veracidade e não existam privilégios nem coação. Assim estará formada a estrutura do melhor argumento, suficiente então para determinar-se o critério da verdade⁴⁰⁴.

Thompson alerta para o fato evidente - mas que nunca é considerado - de que Juízes, tampouco Promotores, não se perguntam sobre o motivo que levou pessoa determinada a se auto acusar, como se isso não fosse proveniente, geralmente, de clara e manifesta coação. Esse aspecto, eivado de ilegalidade, infelizmente não é fruto de pensamentos preocupantes, tanto do Ministério Público ou dos Magistrados, sendo, por vezes, preocupação da defesa, por vezes, diga-se:

A não ser um constrangimento poderoso, que outra razão será possível imaginar como válida para explicar uma confissão inteiramente comprometedora? Afora raríssimas exceções, as declarações auto-incriminadoras só podem ser concebidas como fruto de exercício de pressão sobre a vontade da pessoa que as fez. Por que alguém cava a própria sepultura judicial por meio de suas palavras, a não ser que elas tenham sido extorquidas? E a prova provada, capaz de abonar definitivamente a presunção de que a confissão resultou de tortura, encontramos-la todos os dias na maior parte dos processos criminais, que constituem massa de trabalho do dia-a-dia do foro: confissão pormenorizada na delegacia e negativa enfática no interrogatório em juízo, explicando o réu a discrepância pelo fato de haver sofrido sevícias na polícia. Na maioria das hipóteses, duvido que alguém tenha dúvidas a respeito da veracidade da alegação. A preocupação, contudo, do promotor e do juiz desliga-se de tal circunstância para se concentrar na verificação de existir no processo dados comprobatórios de encerrarem as declarações um conteúdo de verdade⁴⁰⁵.

Preso também é gente, é ser humano, não pode nem deve ser “coisificado” por conta da prova. Ao tratar sobre a voluntariedade e a liberdade

⁴⁰⁴ TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 72-73.

⁴⁰⁵ THOMPSON, Augusto. **Quem são os Criminosos? O Crime e o Criminoso: Entes Políticos**. 2. ed. Ed. Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2007. p. 82.

na delação premiada, precisa-se pensar também essa possibilidade à vista do confidente colaborador.

Importante lição nos traz Fauzi Hassan Choukr , quando menciona que o Estado, que pretende a colaboração e a incentiva, não tem efetiva preocupação com o colaborador, com sua vida, com o depois, demonstrando de forma clara, que a delação faz do indivíduo apenas um meio, um instrumento para o Estado:

Ora, se a colaboração deve existir, ela não pode ser simplesmente encarada de um ponto de vista estatal, sem atentar para os reflexos disso no modo de vida e na personalidade do colaborador. Nesse sentido, fica bastante claro que o Estado deseja uma verdadeira muleta para sua incapacidade persecutória, e não o emprego de um mecanismo que possa ressocializar substancialmente o acusado. Essa é uma das características mais nefastas da adoção da (in)cultura emergencial: o abandono dos valores fundamentais do Estado de Direito, com o Estado agindo na defesa de si mesmo, da sua ineficiência e inoperância, sendo mínima a preocupação com o aprimoramento moral do Homem⁴⁰⁶.

O cárcere deixa marcas profundas e de difícil cicatrização. Estas marcas não abandonam o preso, não se dissociam de sua pessoa na sociedade. Os estigmas dão conta de impedir que a pessoa se veja livre desse tortuoso fardo, sofrendo um isolamento sem muralhas, um isolamento social ao exemplo da antiguidade.

Dentre as cicatrizes do cárcere, ainda que prematuro, incluem as decepções pessoais. Neste sentido um esclarecimento sobre pessoas que sofrem com a prisão, ainda que temporária:

Assim como aqueles que são excluídos do trabalho, os criminosos (ou seja, os que estão destinados à prisão, já estão presos, vigiados pela polícia ou simplesmente fichados) deixaram de ser vistos como excluídos provisoriamente da normalidade da vida social. Não são mais encarados como pessoas que seriam "reeducadas", "reabilitadas" e "restituídas à comunidade" na primeira ocasião, mas vêm-se definitivamente afastadas para as margens, inaptas para serem "socialmente recicladas": indivíduos que precisam ser

⁴⁰⁶ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de processo penal: comentários consolidados e crítica jurisprudencial**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 451-452.

impedidos de criar problemas e mantidos a distância da comunidade respeitosa das leis⁴⁰⁷.

Bertaso diz que o passado se faz presente sempre, definindo possibilidade de emprego e de caráter profissional, enfim, a totalidade de elementos que se constrói em uma vida. “Sua culpa, (e não suas outras qualidades) determinará, ao que tudo indica seu futuro”. Nada dentro do processo criminal permitirá a superação desse fato – nem mesmo o pagamento da “dívida para com a sociedade”⁴⁰⁸.

Assim, se por vezes é necessário invadir a seara íntima do indivíduo, deve o ser de modo e forma que faculte que a pessoa renuncie, sem coação, à sua tomada de posição.

Até a procura da verdade de caráter puramente científico encontra os seus limites no princípio da declaração livre. Esta liberdade só é imaginável partindo de um fundo de possibilidade de não falar a verdade. Nessa medida ela é sugerida ao interessado como privilégio. A liberdade de declarações parece aos juízes ser condição indispensável de crédito, portanto da descoberta da verdade, o que, entretanto não lhes impede de avaliar a recusa de declaração como auto declaração. Deve considerar-se, a partir daí, que a liberdade de declarações tem por coação externa função latente de comprometer de comprometer a personalidade. Quem aparece com algemas e presta declarações sob o chicote, torna simultaneamente evidente que o motivo das declarações lhe é alheio⁴⁰⁹.

É característica da ordem social do direito ser coativo, um ato de sanção que é tido como uma retribuição por um mal efetivado, o que nem sempre confere, eis que podem acontecer situações em que o indivíduo não entenda assim. Mas é uma reação jurídica contra uma situação tida como nociva e é exercido mesmo contra a vontade da pessoa atingida⁴¹⁰.

Extrai-se daí o medo. Não se pode negar que o medo é peça constante em nossas relações, faz parte do sentir humano e é adequado às

⁴⁰⁷ BAUMAN, Zygmunt. 1925. **Confiança e medo na cidade**. Trad. Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Jorge Zahar ed. 2009. p. 7.

⁴⁰⁸ BERTASO, João Martins; Gaglietti, Mauro José. **Diálogo e etendimento: direito e multiculturalismo & cidadania e novas formas**. vol. 3. Rio de Janeiro: GZ Ed, 2011. p. 15.

⁴⁰⁹ LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Trad. Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980, p. 83.

⁴¹⁰ KELSEN, Hans. 1881-1973. **Teoria pura do direito**. Tradução: João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 1998, p. 23-24.

fraquezas de um preso provisório. Como luva na mão da delação, tem o medo um sentido bem definido:

O medo é uma emoção que convive com o ser humano e o acompanha *pari passu*. Mais do que isto “é o nome que damos a nossa *incerteza*; nossa *ignorância* da ameaça e do que deve ser *feito* – do que pode e do que não pode – para fazê-la parar ou enfrentá-la, se cessá-la estiver além do nosso alcance”⁴¹¹.

Pense-se este então diante da tortura, que não foi abolida, mas sim que [...] permanece empregada por nações desenvolvidas política e economicamente [...] ao que se utilizam do argumento de que se justifica o mal de um em prol de muitos, evitando o sofrimento de muitos”⁴¹².

É na essência da dignidade humana que se encontra a proibição de torturas, ao que, mesmo que não haja regra restritiva neste sentido, sua proibição se faz valer⁴¹³.

Contudo, o uso de tortura (em tempos passados) como forma de obter-se a confissão, deixou claro que a confissão muitas vezes não passava da falta de alternativas para o indiciado/acusado. Neste sentido:

No mais das vezes, era mesmo preferível, para o acusado, confessar o delito, ainda que passível este de punição com a morte, à submeter-se às torturas desumanas das quais se valiam os inquisidores. A confissão trazia, ainda, a vantagem de evitar, em alguns casos, o confisco dos bens, favorecendo a família do acusado⁴¹⁴.

⁴¹¹ FRANCO, Alberto Silva. **Direito penal e política criminal - Reflexões sobre algumas inquietações do mundo atual**. Organização: Fabio Roberto D'Avila; Daniel Leonhardt dos Santos. Dados eletrônicos. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2015. p. 161.

⁴¹² CASTELLAR, João Carlos. **Direito penal econômico versus direito penal convencional: a engenhosa arte de criminalizar os ricos para punir os pobres**. 1. ed. Rio de Janeiro: RevAN, 2013. P.173.

⁴¹³ BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. Tradução: Humberto Laport de Mello. 3. reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 65-66.

⁴¹⁴ MARTELETO Filho, Wagner. **O direito à não autoincriminação no processo penal contemporâneo: interceptações telefônicas e ambientais, agentes infiltrados e outros problemas**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012. p. 14.

Ou seja, nem sempre a confissão traz a prova de uma verdade para o processo. Na observação atual da (in)existente tortura, comporta aqui uma breve análise de seu (des)uso e sua (in)efetividade quando na busca da verdade para o processo.

Salo de Carvalho, referindo a tortura como modo de se buscar a verdade, cita parte do texto da primeira edição do *Directorium Inquisitorium*, redigida por Eymerich em 1376, que dá conta de como era vista a tortura. Mencionava o texto: “é costume louvável torturar criminosos, mas reprovos esses juízes sanguinários que inventam tormentos de tal modo cruéis que os acusados morrem ou perdem alguns membros durante a tortura”⁴¹⁵.

Na contramão das torturas utilizadas para obter a confissão, Beccaria, no seu tempo histórico, já classificava como uma barbárie.

É uma barbárie que o uso consagrou na maioria dos governos fazer torturar um acusado enquanto se faz o processo, seja para que ele confesse a autoria do crime, seja para esclarecer as contradições em que tenha caído, seja para descobrir os cúmplices ou outros crimes de que não é acusado, porém dos quais poderia ser culpado.⁴¹⁶

De se ressaltar que a existência de atos de coerção no direito não significa dizer que seja de sua essência o exercício da força. Obter por meio da força uma conduta conforme o direito, por qualquer o ato de coação (coação permitida) somente deve ser utilizado quando se verifica uma conduta proibida. Estatuindo-se sanção, motiva-se o indivíduo a evitar a sanção, não produzindo conduta contrária ao direito e essa coação é uma coação psíquica, exercida também em todas as ordens sociais, que se transforma em motivo de conduta prescrita. O Direito é uma ordem que estatui atos de coação, numa privação coercitiva da vida, dos bens da liberdade⁴¹⁷.

⁴¹⁵ CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015, p.138.

⁴¹⁶ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 11. ed. São Paulo: Hemus Editora Limitada, 1998. p. 31.

⁴¹⁷ KELSEN, Hans, 1881-1973. **Teoria pura do direito**. Tradução: João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 24-25.

Essa coação não se refere a atos de tortura. Em verdade, quando se percebe a utilização de tortura na instrução, resta claro que a persecução penal real se afasta da que foi constitucionalmente determinado, o mesmo acontecendo quando se faz uso de institutos que não sejam compatíveis com o constante da Constituição. Não se está assim operando consoante o sistema acusatório, ao que se deve se considerar o tempo e modo histórico em que se fixaram alguns valores estruturais distintos⁴¹⁸.

O ser humano e sua liberdade, de longa data, são temas que se buscam compreender e que importam às mais variadas ciências.

Santo Tomás, por exemplo, compreendia o homem como um ser composto por substância corporal e espiritual. Sobre essa maneira de pensar o homem teve início o princípio de igualdade das pessoas em sua essência, núcleo do conceito universal de direitos humanos. Disto decorreu a ideia de que tudo que era contrário ao direito natural não teria força jurídica nem vigência, se traduzindo na verdade em uma visão de base constitucional⁴¹⁹.

Foi no período axial que o ser humano passou ser tido como um ser dotado de liberdade e razão, em igualdade essencial, como pessoa humana, surgindo então base para atribuir direitos universais, inerentes à pessoa. Essa compreensão do ser humano que confere igualdade, especialmente de respeito, surge junto com a lei escrita que vale para todos⁴²⁰.

Então, no aparato processual, importa realmente saber que ter a pessoa como um fim em si, faz com que se tenha a obrigação de zelar por não criar prejuízos, e, acima de tudo, em facultar a felicidade de outrem. Alerta-se

⁴¹⁸ PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais**. 3. ed. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2005. p. 37-38.

⁴¹⁹ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 32.

⁴²⁰ *Ibid.*, p. 23-24.

que, com o mundo de valores, ocorrem transformações nas motivações de ser, assim como nos fundamentos de ética⁴²¹.

Mas, de uma visão prática, colaborar com a justiça também gera ao réu um mecanismo de proteção, como por exemplo, a realização de audiências a distância, que impossibilite contato direto do colaborador com demais, com o fito de buscar minimizar a possibilidade de represálias à pessoa que se supostamente se arrependeu e teve por bem contribuir para com a justiça⁴²².

Na delação, o sujeito se converte à causa com a qual quer colaborar. Não se trata, exclusivamente, de mudar de ideologia ou romper com seus valores, o que não significa verdadeiro arrependimento, mas sim, que percebe que seus fins eram inatingíveis, aí se mostra necessário mudar de atitude⁴²³.

Casara ressaltando mais atributos/funções do princípio do *nemo tenetur se detegere*, menciona residir ali a restrição ao uso de qualquer forma de força pelo Estado, onde o princípio.

“[...] enuncia a proibição do Estado utilizar violência física ou moral na tentativa de obter a colaboração do cidadão em uma investigação que está sendo, ou pode ser, dirigida em seu desfavor, bem como deslegitima métodos de interrogatório fundados na dissimulação ou em sugestões que objetivem enganar ou orientar as declarações do interrogando⁴²⁴.”

A defesa, direito reconhecido no processo moderno, faz do imputado sujeito e não mero objeto processo. Como parte, tem direito ao contraditório, e a regulação da prisão provisória se vê subordinada ao modelo processual

⁴²¹ COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 36-37.

⁴²² CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de processo penal: comentários consolidados e crítica jurisprudencial**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 447.

⁴²³ Ibid., p. 447.

⁴²⁴ CASARA, Rubens R R; Melchior, Antonio Pedro. **Teoria do processo penal brasileiro: dogmática e crítica vol. I: conceitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 473.

penal (inquisitivo ou acusatório) culminando em várias consequências na exterioridade da prisão cautelar e sua prática⁴²⁵.

Em tópico anterior já foram tecidas consideração sobre o que Jakobs vê na prisão preventiva, considerando que não passa de uma coação física voltada, não contra pessoa em Direito, mas sim contra o indivíduo, porque ele obriga imputado em função do seu encarceramento, a participar de todo o processo. Ou seja, ao considerar o imputado como inimigo natural, porque ele poderá se ocultar, poderá fugir ou mesmo ocultar provas, tem o preso provisório como um inimigo do Estado⁴²⁶.

Isso não deve acontecer. Os mecanismos de defesa que amparam o acusado/indicado precisam ser respeitados e a liberdade, de igual modo não pode lhe ser tolhida antes de ocorrer o trânsito em julgado a sentença penal condenatória, como acontece à batelada na rotina brasileira, especialmente quando frente da possibilidade de colaboração (quando essa possibilidade se torna ainda mais importante para a investigação em caso de delitos complexos), onde o cárcere é notória forma de coagir.

A colaboração deve ser vista como uma possibilidade, um direito que se volte ao acusado/indiciado, direito de beneficiar-se em razão de arrependimento (verdadeiro ou não), que sirva como estratégia defensiva antes de ser via de prova, que atenda aos anseios sociais.

2.4. A potencialidade defensiva e o direito de colaboração, considerando onde reside - ou não - o limite de renúncia aos direitos fundamentais.

Este subtítulo busca identificar as relações entre o agir do sujeito frente à delação, considerando a sua defesa efetiva (patrocinada ou dativa),

⁴²⁵ SANGUINÉ, Odone. **Prisão cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. ISBN 978-85-309-5815-2. Disponível em: <http://www.upf.br/biblioteca/acervo-virtual/bibliotecas-virtuais>. Acessado: 10/02/2017.

⁴²⁶ JAKOBS, Günther; Meliá, Manuel Cândio. **Direito penal do inimigo: noções e críticas**. Porto Alegre: Livraria do advogado. Edição 2005. p. 40.

sua concepção das atitudes que pode tomar como defesa ou não, especialmente a sua noção de estar garantido pelos direitos fundamentais, bem como a propriedade de poder renunciar a certos direitos irrenunciáveis.

Há de se ter a ideia de que grande parte da sociedade obedece às normas, o que dispensa a necessidade de interferência estatal para garantir a paz social. Mas há, porém, casos em que é indispensável uma atuação do Estado, como acontece no direito processual penal, onde muitas vezes se percebe que uma parte da sociedade resta marginalizada por conta da falta de efetivo amparo estatal, num desrespeito para com o ordenamento, especialmente no que tange à potencialidade defensiva.

Sobre o defensor (defensor técnico), Casara/Melchior mencionam que [...] é instrumento de afirmação do próprio ideal democrático (vale sempre lembrar que a “desconfiança na bondade do poder” é um aspecto central da preocupação do processo penal em um Estado de Direito)⁴²⁷.

Ter um defensor presente é modo de controlar a atuação estatal, para assegurar o respeito, tanto para com a lei, ao ser humano e para com a Justiça. Assegura a dignidade, obrigando o defensor a uma atividade unilateral, somente a favor daquele por ele assistido, evitando que haja infrações de lei, bem como injustiças face da pessoa de seu representado⁴²⁸.

Veja-se que a cultura inquisitiva que ronda nosso direito, limita, por exemplo, o acesso aos autos de inquérito que são efetivados de forma unilateral por agências públicas, onde ter a participação defensiva é raro, inclusive quando o sujeito esteja com sua liberdade restringida⁴²⁹.

Neste caminho, precisa-se ter que ampla defesa é princípio que se divide em duas partes, sendo uma delas consubstanciada na autodefesa (direito de presença, de acompanhar o processo, ser ouvido e se manifestar). A

⁴²⁷ CASARA, Rubens R R; Melchior, Antonio Pedro. **Teoria do processo penal brasileiro: dogmática e crítica vol. I: conceitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 476.

⁴²⁸ LOPES JUNIOR., Aury. **Direito Processual penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p.150.

⁴²⁹ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de processo penal: comentários consolidados e crítica jurisprudencial**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 134.

outra parte se traduz na defesa técnica obrigatória, ou seja, acompanhamento de profissional habilitado, que exerce a defesa de forma fundamentada⁴³⁰.

De extrema importância, a defesa técnica é indisponível, uma garantia para além da que reside no fato de a coletividade ter interesse na correta apuração do ocorrido. Implica ao mínimo, em existir paridade de armas, assegurando o contraditório, fortalecendo a imparcialidade do juiz à razão de que se ambas as partes forem eficientes e efetivas, mais alheio será a apreciação do magistrado⁴³¹.

Desta imparcialidade, eficiência e efetividade, reside dever ser o direito de defesa observado de forma absoluta. A defesa técnica é obrigatória e essencial na instrução. É garante do equilíbrio funcional entre defesa e acusação, levando sempre em conta que o acusado apresenta-se, por conta de presunção, hipossuficiente e sem conhecimentos técnicos como os que o acusador possui⁴³².

Englobado aí está o contraditório, que é essencial para assegurar uma reação defensiva, mas que não dá a certeza de que seja ela eficiente. A ausência de defesa técnica efetiva (que é exigência constitucional) pode implicar em estar o réu indefeso. Isto não quer dizer que em não sendo acatada a tese defensiva tenha inexistido defesa técnica efetiva. O êxito não é o que se exige, mas sim uma defesa adequada⁴³³.

Busca manter (ao menos tentar manter) acusação e acusado em pé de igualdade, onde este deve ser assessorado para garantir-lhe a resistência à pretensão estatal. Ser leigo gera para o acusado uma posição de inferioridade, quer perante o Ministério Público, quer perante o magistrado. Este fator, mais a investigação preliminar, causa intranquilidade e descontrole, que somados à

⁴³⁰ MESSA, Ana Flávia. **Curso de direito processual penal**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 111.

⁴³¹ LOPES JUNIOR., Aury. **Direito processual penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 405.

⁴³² *Ibid.*, p. 404.

⁴³³ CASARA, Rubens R R; Melchior, Antonio Pedro. **Teoria do processo penal brasileiro: dogmática e crítica vol. I: conceitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 471.

prisão cautelar (que se traduz na impossibilidade física de ter maior participação no feito) geram enormes prejuízos ao indiciado/denunciado⁴³⁴.

Para Lopes Junior, a defesa técnica se apresenta como forma de controlar a atuação do Estado e de seus órgãos, visando o cumprimento da lei e efetivando a Justiça.

Se o processo penal deve ser um instrumento de proteção dos direitos fundamentais do sujeito passivo, o defensor deve ajustar-se a esse fim, atuando para sua melhor consecução. Está intimamente vinculado ao direito fundamental da salvaguarda da dignidade humana, obrigando o defensor a uma atividade unilateral, somente a favor daquele por ele defendido. O defensor unicamente tem que vigiar o processo penal para evitar infrações da lei ou injustiças contra seu cliente, sem, é claro, atuar fora da legalidade⁴³⁵.

Sua importância vem da necessidade de que haja uma equiparação de potencial entre defesa e acusação. Não se pode negar que a presunção de hipossuficiência do acusado/indiciado é bastante forte, e esta não lhe permite que ele tenha conhecimentos técnicos suficientemente fortes para opor-se à pretensão estatal. Essa desigualdade gera a inferioridade daquele perante o poder estatal (promotor, policial ou juiz) e, muito provavelmente, terá ele dificuldade de compreender o tramite da atividade desenvolvida, culminando em intranquilidade, quiçá diante uma prisão cautelar, onde a impossibilidade física de atuar soma-se às demais⁴³⁶.

A presença de profissional habilitado na área é obrigatória, inclusive contra a vontade do réu se este assim não o quiser, já que é também uma garantia para a sociedade de que a função jurisdicional deve e está realmente voltada à busca de uma solução justa, onde as partes ativamente participem do processo, devendo esta defesa ser efetiva e concreta. Quando não o for assim a Agência Judicial deve (ao menos deveria) declarar o réu indefeso⁴³⁷.

⁴³⁴ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p.148.

⁴³⁵ *Ibid.*, p.150.

⁴³⁶ *Ibid.*, p. 148.

⁴³⁷ CASARA, Rubens R R; Melchior, Antonio Pedro. **Teoria do processo penal brasileiro: dogmática e crítica vol. I: conceitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 474.

Menciona o autor que “A situação do acusado, na trajetória necessária à afirmação, ou não, do poder penal, é dramática e dolorosa” ⁴³⁸.

Veja-se que isso, na prática, na maioria das vezes não acontece. Por vezes a defesa resta claramente deficiente e o magistrado se mantém inerte, quer por entender que atitude contrária poderia ofender o patrocinador da causa (geralmente dativo), quer por entender que sua decisão não restará abalada pela defesa deficiente (afinal já se posicionou neste sentido), quer por comodidade, pelo acúmulo de trabalho e necessidade de maior celeridade ou por indiferença, já que o réu (especialmente se preso e reincidente), como já mencionado anteriormente, faz parte da “banda podre da sociedade”, um excluído econômica e socialmente, um desinteressante objeto na afirmação de poder.

Na ampla defesa, está compreendida a defesa técnica assim como o direito à autodefesa, onde o réu, sem a participação de defensor, pratica atos de defesa, (dá sua versão sobre os fatos) tendo o direito de falar com o órgão julgador de forma direta e de estar presente a todos os atos do processo ⁴³⁹.

Advinda do direito punitivo do Estado, a defesa não pode se traduzir em ter o indiciado/acusado o dever de dar respostas ao juízo, que é na realidade um interesse público, não compatível com o sistema acusatório, onde o direito ao silêncio é garantido. Neste norte lição de Goldschmidt, que segue:

Como la movilización del derecho punitivo incumbe al derecho procesal, la carga de defensa deduce del derecho punitivo junto com el derecho procesal penal. La carga de defensa no ha de confundirse con el deber del procesado de responder las preguntas del Juez...La carga de defensa se basa en un imperativo “de propio interés”, mientras que el deber de responder se impone al procesado en interés público. En verdad, la constitución del deber de responder, sobre todo de “decir la verdad” [...] no es compatible com

⁴³⁸ CASARA, Rubens R R; Melchior, Antonio Pedro. **Teoria do processo penal brasileiro: dogmática e crítica vol. I: conceitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 463.

⁴³⁹ Ibid., p. 472.

el processo acusatório porque contradisise al principio: “Nemo tenetur se accusare;no man is bounl to give evidence against himself”⁴⁴⁰.

Defender-se é ter o direito de reagir a uma ação proposta, com o fito de buscar uma decisão favorável, conservando e preservando seus direitos questionados no processo, garantia fundamental da própria sociedade. E essa reação deve ser tida e considerada (por conta do princípio da isonomia e já que é ela que possibilita o contraditório) tão digna quanto o poder e a obrigação do Estado em promover uma ação⁴⁴¹.

Gilberto Pardo ensina que a participação ativa do indivíduo no processo penal é de extremada importância:

O *status* processual se concebe pelo reconhecimento de que, na democracia, o indivíduo tem o direito de participar ativamente e assumir a sua própria responsabilidade nos procedimentos que lhe afetam, assim como nas estruturas de organização, o que importa, quanto aos direitos fundamentais, na adoção de formas de participação dinâmicas e ativas⁴⁴².

Baratta, em sua obra *Criminologia crítica e crítica do direito penal*, traz à baila uma discussão sobre a distância que existe entre julgadores e julgados. Refere conceito de sociedade dividida, onde exprime que os juízes são extratos provenientes de camadas médias e superiores e que estes, ao exercício do ofício, têm diante de si, na grande maioria, indivíduos da classe proletária. A distância existente entre os dois citados reduz as possibilidades dos marginalizados desenvolverem participação no processo, bem como se

⁴⁴⁰ GOLDSCHMIDT, James. **Principios generales del proceso II – Problemas jurídicos y políticos del proceso penal**. Ediciones Jurídicas Europa América. Buenos Aires. Argentina.1995 p. 85-86.

⁴⁴¹ CASARA, Rubens R R; Melchior, Antonio Pedro. **Teoria do processo penal brasileiro: dogmática e crítica vol. I: conceitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 470.

⁴⁴² PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório. A conformidade constitucional das leis processuais penais**. 3. ed. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2005. p. 95.

utilizar de defensores mais prestigiados, deixando claro que esses indivíduos, os julgados, estão socialmente mais débeis⁴⁴³.

Dworkin adverte que todo o advogado dá muita importância às regras que permeiam suas estratégias, que possuem profundas e filosóficas indagações de como deveriam ser estas regras, especialmente à vista do direito de não serem seus assistidos condenados diante da inocência⁴⁴⁴. Ou seja, o primado da justiça se faz, ao menos de forma genérica, presente na defesa.

No entanto, a atuação defensiva é muitas vezes recebida e notada de forma negativa. Por conta de uma cultura rude e autoritária, se concebe no acusado uma figura animalésca, e disso, surge uma compreensão da defesa como um empecilho ao exercício do poder penal, o que gera, via de consequência, a criação da figura depreciativa do defensor, já que é assessor de delinquentes⁴⁴⁵.

Assim, não basta dar importância às regras, sem efetividade. É preciso fazer respeitar as normas, onde a defesa - não somente a constituída-se mostre eficaz, atente para o seu cliente sem ter presente a rotulagem que a sociedade cria para ele.

É fundamental ver o ser humano como um fim de si mesmo e não como coisa, sem estigmas, com respeito, fazendo-se respeitar especialmente em suas liberdades (a liberdade física, psíquica, de pensamento e de vontades).

A defesa tem a obrigação de buscar minimizar esta visão seletiva, que percebe no réu um inimigo social implacável e incorrigível. Tem, acima de

⁴⁴³ BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de criminologia, 2002. p. 177.

⁴⁴⁴ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001. p. 105.

⁴⁴⁵ CASARA, Rubens R R; Melchior, Antonio Pedro. **Teoria do processo penal brasileiro: dogmática e crítica**. vol. I: conceitos fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 475.

tudo, a obrigação de acrescentar à sociedade o respeito ao mínimo de direitos que sobram para esse sujeito.

Divan esclarece que é faculdade do Réu provar algo ao seu favor: [...] A defesa “possui” necessidade de comprovar sua tese, mas em outra esfera que não a da obrigatoriedade, na esfera da utilidade. Afinal, a defesa não está *alegando* nada em certo sentido: está *rebatendo* uma *alegação*⁴⁴⁶.

O processo penal é assecutorário do direito e como tal representa as primeiras garantias do indivíduo, especialmente a imparcialidade e independência do juiz, a iniciativa das partes, ampla defesa e contraditório, que busca firmar a igualdade das partes, ao menos num mínimo pretendido⁴⁴⁷.

A partir deste foco, a paridade de armas adquire fundamental relevância. Implica em existir partes que possuam as mesmas condições objetivas, os mesmos instrumentos, as mesmas oportunidades com relação ao uso e produção da prova, com acesso igualitário às informações que possam influir na decisão a ser tomada em determinado caso. Liga-se ao princípio do contraditório e corrobora o princípio da isonomia, onde acusação e defesa estejam em mesma posição, o que busca diminuir a supremacia ministerial, sem extrair da defesa outros instrumentos para isso, como a presunção de inocência e o *in dubio pro reo*⁴⁴⁸.

O processo é um procedimento, que deve dispensar aos atores envolvidos (que irão suportar os efeitos do ato) uma simetria, uma posição de paridade, garantindo um contraditório amplo⁴⁴⁹.

Porém, essa paridade resta comprometida com a determinação de um cárcere prematuro. O Réu, nesta condição, não tem livre acesso às provas,

⁴⁴⁶ DIVAN, Gabriel Antinolfi. **Direito penal e política criminal**. Organização: Fabio Roberto D’Avila; Daniel Leonhardt dos Santos. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2015. p. 486.

⁴⁴⁷ PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório. A conformidade constitucional das leis processuais penais**. 3. ed. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2005. p. 87.

⁴⁴⁸ CASARA, Rubens R R; Melchior, Antonio Pedro. **Teoria do processo penal brasileiro: dogmática e crítica vol. I: conceitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 341-342.

⁴⁴⁹ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de processo penal: comentários consolidados e crítica jurisprudencial**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 30.

não tem um contato efetivo com seu defensor (especialmente quando dativo) e não possui acesso ao quadro de provas periciais.

Dentro do espírito da lei, o que se busca é a plena capacidade defensiva do acusado, o que somente aconteceria na hipótese do contato direto com seu defensor regularmente constituído, a quem teria tido a oportunidade de explanar suas razões e apresentar meios de prova suficientemente hábeis para sua defesa, caracterizando aquilo que a doutrina chama de efetiva paridade de armas entre acusação e defesa, característica marcante do denominado “processo de partes” ou de matriz acusatória⁴⁵⁰.

Quiçá quando se tratar de Réu cujo poder aquisitivo lhe tolha a presença da família, limita o ir e vir destes nos dias de visita, ou, se for Réu cuja família repudie o cárcere e contemple o preso à margem de sua própria sorte, em completo abandono.

Em se tratando de instruções processuais com réus presos, com defesa dativa (muitas vezes quando com Defensoria Pública), o que se percebe é que as provas se reduzem a se ter colacionado um rol de testemunhas abonatórias, donde a audiência, não passa de uma “carta de abonação de conduta”, um franco e escrachado prejuízo ao acusado.

Tendo como falaciosa esta mencionada paridade de armas Divan menciona que a índole do processo não está voltada para isso.

É uma falácia equiparar a evidente *equivalência axiológica* entre condenação e absolvição nos termos do exercício da jurisdição e a necessidade de *paridade de armas* entre os atores processuais com a inexistência de índole constitucionalmente sintonizada do processo enquanto instrumento político-criminal (sabendo-se que, no que diz respeito a essa índole, ela deliberadamente *não promove* equilíbrio valorativo entre o acusador e o réu)⁴⁵¹.

Inclusive a presença de um assistente de acusação, por vezes desestabiliza a paridade de armas no processo penal, já que esta é uma possibilidade apenas para quem possua um bom poder econômico. Ocorre

⁴⁵⁰ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de processo penal: comentários consolidados e crítica jurisprudencial**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 366.

⁴⁵¹ DIVAN, Gabriel Antinolfi. **Processo penal e política criminal: uma reconfiguração da justa causa para a ação penal**. Porto Alegre: Elegancia Juris, 2015. p. 120.

assim um notório e sensível desequilíbrio entre os atores processuais, sempre a recair, certamente, em desfavor de acusado, especialmente se acompanhados de dativos que restam com limitações, como, por exemplo, impossibilidade de buscar auxílio de peritos⁴⁵².

Cite-se ainda o atual modelo investigativo de inquérito, sem participação da defesa, que prejudica a efetiva demonstração da inocência do acusado. O inquérito não é peça meramente informativa, sendo muito utilizado para condenações, o que afeta de sobremaneira a garantia do devido processo legal, deixando claro que não existe paridade de armas⁴⁵³.

Quem exerce o ofício de advocacia, não raras vezes percebe a diferença de tratamento dispensado às partes. Aliás, as partes envolvidas sentem esta diferença. A sociedade percebe esta diferença. O cárcere evidencia esta diferença. Neste viés, sobre o tratamento dispensado de forma desigual, que é tido também como falta de ética, vale lembrar que:

A ética é sentida igualmente na falta de respeito às partes, no tratamento não igualitário aos advogados e aos processos; nas técnicas dos depoimentos, na infidelidade da transcrição das declarações nas atas, também o uso de detenções como meio de obter confissões⁴⁵⁴.

O acesso à justiça é ter direito ao devido processo legal (art. 5º, LIV, CF) que comporta o contraditório e uma defesa ampla, efetivada por meio de um profissional habilitado, que possa garantir que as partes estejam ao mínimo em igualdade técnica, que entenda e compreenda a oportunidade e as consequências de sua intervenção⁴⁵⁵.

⁴⁵² CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de processo penal: comentários consolidados e crítica jurisprudencial**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 393.

⁴⁵³ RASCOVSKI, Luiz. **Temas relevantes de direito penal e processual penal**. Coordenador: Luiz Rascovski. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 112.

⁴⁵⁴ CARLIN, Volnei Ivo. **Deontologia jurídica ética e justiça**. 4. ed. Florianópolis: Conceito Editoria, 2007. p. 95.

⁴⁵⁵ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de processo penal: comentários consolidados e crítica jurisprudencial**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 1161-1162.

Para a lei e para o direito, a presença de um advogado na delação premiada advém do princípio do devido processo legal e da ampla defesa, demonstrando que o colaborador não sofreu qualquer forma de coação⁴⁵⁶.

Todavia, é preciso saber em verdade, sobre os malefícios do cárcere prematuro e o quanto a aplicação de forma desmedida de prisões processuais determinadas para obter-se a delação, influencia ou não na vida do delator, missão também reservada a este trabalho. Neste diapasão, o cárcere fomenta a seletividade num ultraje aos direitos humanos:

Em suma, o cárcere é cada vez mais um instrumento de controle e repressão social reservado aos marginalizados, tornando-se um verdadeiro depósito subumano, aviltante aos direitos humanos edificados com muita luta, denodo e perseverança. Dessa maneira, deve-se dizer sim aos direitos humanos, sim à construção da cidadania efetiva e plena e precisamos negar a criminalização da pobreza⁴⁵⁷.

A delação é, sem dúvida, uma forma de “barganha”, que é realizada pela justiça com o suspeito ou acusado da prática de um crime, ou seja, agentes públicos ficam, por lei, autorizados a realizar acordos com os criminosos⁴⁵⁸.

Salo de Carvalho menciona que em face da delação, o réu ou o indiciado é tratado como um mero instrumento para a apuração da verdade, que pode ser usado sem reservas, deixando de ser o que efetivamente deveria ser sempre, um sujeito de direitos. Assim salienta:

[...] o inquisidor investiga, procurando buscar signos do delito, e trabalho sobre os acusados, porque, culpados ou inocentes, sabem tudo o que se requer para decisões perfeitas; tudo se resume a fazê-lo dizer. ... o estilo inquisitório multiplica os fluxos verbais: é preciso que o imputado fale; o processo se transforma em sonda psíquica. O inquisidor trabalha livremente, indiferente aos limites legais, mas recolhe toda sílaba: a obsessão micro analítica desenvolve um

⁴⁵⁶ BITTAR, Walter Barbosa. **Delação premiada: direito estrangeiro, doutrina e jurisprudência**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p.165.

⁴⁵⁷ FELIX, Yuri. **Direitos humanos em movimento**. Coordenadores: João Armando Moretto Amarante; André Weiszflog. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 349.

⁴⁵⁸ MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Provas no processo penal: estudo sobre a valoração das provas penais**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p.151.

formalismo gráfico; nenhum fato é realmente um fato enquanto não figure no papel⁴⁵⁹.

Inserida em um contexto emergencial, a delação obriga, a todo e qualquer colaborador, a passar por um processo de conversão ao praticá-la de forma efetiva e voluntária, que traga resultados à prova processual, como ocorre quando da identificação e conhecimento de quem são coautores ou partícipes. Não há, no entanto, qualquer vinculação do intérprete à vida futura do colaborador, o que denota que a delação é tida somente ao favor do Estado, esquecendo os reflexos que certamente gerará na vida do delator⁴⁶⁰.

Para Choukr, a colaboração prevista na legislação, ao modo que consta, não passa de instrumento a serviço do Estado. Um instituto que não cumpre sua literal objetividade. O homem moral, o ser humano cuja integridade se espera ver restabelecida, deixou de ser objetivo estatal, substituído pela desenfreada busca da verdade real.

[...] fica bastante claro que o Estado deseja uma verdadeira muleta para sua incapacidade persecutória, e não o emprego de um mecanismo que possa ressocializar substancialmente o acusado. Essa é uma das características mais nefastas da adoção da (in)cultura emergencial: o abandono dos valores fundamentais do Estado de Direito, com o Estado agindo na defesa de si mesmo, da sua ineficiência e inoperância, sendo mínima a preocupação com o aprimoramento moral do Homem. Se ele, Estado, um dia foi fundado dentro da concepção do progresso moral, posturas emergenciais que integram o cotidiano mostram que essa missão está longe de ser alcançada⁴⁶¹.

Para os que acreditam na potencialidade deste instituto, tendo ele como útil, tanto para processo como para a investigação, creem deveria ele garantir imunidade total ao delator, para que de seu ato surta resultado efetivo na identificação dos demais participantes ou localização da vítima. Deste modo, restaria ele como testemunha e não mais como réu. Soma-se a isso, o fato de que como réu, o delator não tem compromisso com a verdade, já como

⁴⁵⁹ CARVALHO, Salo de. **Penas e garantias**. 3. ed. rev. e at. Ed. Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2008. p. 18.

⁴⁶⁰ CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de processo penal: comentários consolidados e crítica jurisprudencial**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 451.

⁴⁶¹ Ibid. p. 452.

testemunha sim, reforçando o peso de suas palavras, suporte verdadeiro para uma condenação⁴⁶².

Por certo que as declarações do colaborador possuem elevado valor, mas precisam ser corroboradas com demais elementos, merecendo ser descartada se não houver outro elemento, à disposição do magistrado, que possa ser utilizado, que seja essência para confirmar e reforçar o conteúdo da delação. Neste sentido é o § 16 do art. 4.º da Lei do Crime Organizado “nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador”. Do contrário, a absolvição será medida a ser seguida conforme o artigo 386, VII, do CPP. Daí decorre que a colaboração premiada possui valor probatório relativo⁴⁶³.

A delação, ao que parece, provém de acordo de vontades e assim produz efeitos como tal. Mas essa escolha não pode ser tida como acordo, ainda que decorra de consenso:

[...] porque envolve uma decisão judicial, ou seja, por uma “terceira parte”, que não participa da “negociação”. A situação da revelação dos dados existe entre o acusado, diretamente ou por seu advogado, com o Promotor de Justiça e, ainda que com a expressa concordância por parte deste, a decisão final caberá ao Juiz, por conceder ou não algum benefício como troca”⁴⁶⁴.

Convém esclarecer que alguns doutrinadores entendem que a delação não é antiética, porque compreendem que o fim dela é buscar mais eficiência na aplicação da justiça, especialmente em casos graves, servindo para coibir uma prática criminosa de maior expressão, sendo modo rápido e eficiente para tanto.

⁴⁶² CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de processo penal: comentários consolidados e crítica jurisprudencial**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014 .p. 452.

⁴⁶³ MASSON, Cleber; Vinicius Marçal. **Crime organizado**. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2015. Disponível em: <http://www.upf.br/biblioteca/acervo-virtual/bibliotecas-virtuais>. Acesso: 09/02/2017.

⁴⁶⁴ MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Provas no processo penal: estudo sobre a valoração das provas penais**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 150.

Para estes, atingir a ética tem menor valor frente ao fato de diminuir a agressividade dos crimes, donde o sacrifício dela não pode assolar a sociedade. Neste sentido Mendroni:

[...] denominada “colaboração”, premiada reveste-se de importante prova em termos valorativos, pois permite que a versão apresentada pelo acusado, que a revela de forma espontânea (pressuposto de sua admissibilidade) traga não só a verdade dos fatos, mas também os seus detalhes⁴⁶⁵.

Não pactuando do mesmo entendimento, mas justificando o seu uso, Ishida tem que “a delação premiada atenta contra a moral e os bons costumes, mas para o direito processual é de ser admitida porque a própria legislação admite a mesma, inclusive permitindo a diminuição de pena. Também tem que a delação não fere dispositivo constitucional algum⁴⁶⁶”.

Num ponto de vista que se mostra favorável à delação, se tem que é ela instrumento legal que, por ter a condição de favorecer o delator, também se mostra prova altamente valorada por conta da riqueza de detalhes sobre os motivos, a autoria e a forma que se sucedeu o delito, o que certamente implica em ser mais rápida a investigação, a instrução e o julgamento do feito⁴⁶⁷.

Estes doutrinadores e juristas percebem o instituto com bons olhos, com regras precisas, mais pelo interesse coletivo da comunidade, que é considerado superior, do que em torno do interesse do colaborador.

Acreditam que a ética (que é variável à época e de acordo com os conflitos) ou moral não merecem grande relevo no ambiente do crime à razão de que ali, as normas são efetivamente rompidas, já maculando bens juridicamente protegidos. Quanto à aplicação de pena ser flexível - que se dá por conta da culpabilidade - e o delator, pela colaboração se mostra menos

⁴⁶⁵ MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Provas no processo penal: estudo sobre a valoração das provas penais**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 151.

⁴⁶⁶ ISHIDA, Válter Kenji. **Processo penal: Incluindo as Leis no 12.654, de 28 de maio de 2012, no 12.694, de 24 de julho de 2012, que instituiu o juízo colegiado em primeiro grau, no 12.714, de 14 de setembro de 2012, e no 12.736, de 30 de novembro de 2012**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 135.

⁴⁶⁷ MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Provas no processo penal: estudo sobre a valoração das provas penais**. 2ª. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 152.

culpável, apesar de ser uma traição, é traição com bons objetivos, ou seja, contra o delito, favorecendo o Estado, sendo, portanto legalizada. Para os que assim pensam, os fins justificam os meios, e a barganha já ocorre comumente no processo, como a exemplo da transação. Ademais, o prêmio acenado pode ser um incentivo ao arrependimento sincero, fonte e guia à regeneração, um meio de prova que não pode ser dispensado⁴⁶⁸.

Ao seu favor tem-se que, por ser negociação entre partes, por ser submetida à homologação judicial e por poder ser recusada, não deve ser tachada de negativa, pois tem assessoria de defensor e na prática se justifica nos seguintes moldes, a saber:

- a) a impossibilidade de se obter outras provas, em virtude da 'lei do silêncio' que vige no seio das organizações criminosas;
- b) a oportunidade de se romper o caráter coeso das organizações criminosas (quebra da *afectio societatis*), criando uma desagregação da solidariedade interna em face da possibilidade da colaboração premiada⁴⁶⁹.

Mas é importante compreender que a coação, quando do cárcere na expectativa da proposta de delação, afeta sobremaneira o princípio da privacidade, que abarca a liberdade e segurança referente a qualquer forma de intromissão que seja indevida, sendo estes direitos absolutos, que impõem obrigações. Essa privacidade busca reservar à pessoa, direito de salvaguardar sua intimidade, restando tutelada a liberdade de escolhas sem interferências alheias, ou seja, com o controle sobre informações de sua pessoa⁴⁷⁰.

Uma visão crítica à concessão de prêmios ao colaborador ocorre por conta de se enxergar, nesta peculiaridade, uma indevida e ilegítima intromissão, por ter que seu uso, que surge de uma legislação de emergência, é indevido.

⁴⁶⁸ MASSON, Cleber. 1976. **Crime organizado**. Organizadores: Cleber Masson; Vinicius Marçal. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015. M3. ed. rev., atual. e ampl. Disponível em: <http://www.upf.br/biblioteca/acervo-virtual/bibliotecas-virtuais>. ISBN 978-85-224-8109-5. Acesso: 07/02/2017.

⁴⁶⁹ Ibid., 2015. Acesso: 07/02/2017.

⁴⁷⁰ PAULA, Bruna Souza. **Direitos fundamentais: uma perspectiva de futuro**. Coordenação: Jorge Miranda. Organizador: Bleine Queiroz Caúla; Bruna Souza Paula; Valter Moura do Carmo. São Paulo: Atlas, 2013. p. 71. Disponível em: <http://www.upf.br/biblioteca/acervo-virtual/bibliotecas-virtuais>. Acesso: 15/02/2017.

Assim, alguns juristas e doutrinadores não reconhecem na delação premiada um instrumento de efetividade, sendo então considerado um meio antiético, de traição, que serve para fomentar crimes, um meio desproporcional na aplicação de pena e imoral por buscar o fim sem ater-se aos meios utilizados neste objetivo. É considerado como vergonhosa barganha estatal com a criminalidade, incentivando delações falsas e inócuas, com incentivo às vinganças⁴⁷¹.

A análise efetivada neste trabalho pretende mostrar que as percepções sobre o instituto da delação (como problema ou não) seguem padrões políticos e culturais, numa relação de interesses em choque, conflitantes, onde a ruptura com um deles se traduz em política criminal a ser possivelmente adotada.

A este modo, para parte da doutrina, o uso da prisão cautelar se mostra desfavorável à manutenção de um sistema acusatório, um problema quando da aferição da prova. Para Sanguiné, que se filia a esta ideia:

A realidade demonstra como a pretendida “maior ortodoxia constitucional” das finalidades da instrução da prisão cautelar – entendida genérica e acriticamente – favorece as piores deformações aplicativas. O risco de degeneração inquisitorial, incompatível com o sistema acusatório, consiste na utilização da prisão cautelar como mecanismo para obter prova⁴⁷².

Cediço, no entanto, que os direitos fundamentais devem ser preservados, donde são tidos como irrenunciáveis. Ao tratar sobre a renúncia ou não, é evidente que se precisa ter claro a potencialidade dos direitos a serem renunciados e o limite permitido para tanto.

Uma característica que marca os direitos fundamentais é justamente a irrenunciabilidade. Quando ocorre o acordo de delação premiada, é o

⁴⁷¹ MASSON, Cleber. 1976. **Crime organizado**. Organizadores: Cleber Masson; Vinicius Marçal. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015. M3. ed. rev., atual. e ampl. Disponível em: <http://www.upf.br/biblioteca/acervo-virtual/bibliotecas-virtuais>. ISBN 978-85-224-8109-5. Acesso: 07/02/2017.

⁴⁷² SANGUINÉ, Odone. **Prisão cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. Disponível <http://www.upf.br/biblioteca/acervo-virtual/bibliotecas-virtuais> ISBN 978-85-309-5815-2. Acesso: 10/02/2017.

colaborador sujeito que na verdade opta por não exercer um direito seu, constitucionalmente assegurado, qual seja o direito ao silêncio. Qualquer pessoa pode confessar os fatos cuja autoria lhe são atribuídos, fato que importa inclusive em suavizar a pena (art. 65, III, “d”, do CP). Não há um dever de silêncio, donde descabe uma renúncia, mas sim uma opção de exercício ou não, onde dizer a verdade deve ser ato voluntário para obter um prêmio⁴⁷³.

O Estado ao prescrever algo de modo a transformar a pessoa em coisa, coage então como força (por exemplo, com a pena em caso de descumprimento de dever de observar), mas não pode obrigar, se traduzindo em força e terror, ao menos não como direito obrigatório e válido, porque o válido é o justo e obrigatório não o é assim por ser força, mas por obrigar o homem, no seu íntimo à prática de uma ação. Neste sentido Leonardo Siqueira menciona que:

Onde a coação transforma o homem em mero objeto da influência causal do poder, a obrigação impõe a responsabilidade por uma ordem plena de sentido da sua vida, descobrindo e, principalmente, respeitando a sua personalidade, respeitando-o como pessoa responsável, passando a ordem social a não simplesmente coagir como poder, mas obrigar como direito⁴⁷⁴.

Para compreender sobre a possibilidade de renúncia, precisa-se analisá-la sobre o ponto de vista do Estado, entendendo qual é a faculdade do cidadão e qual é o dever daquele, numa substancial diferença de valores envolvidos. O que há para o Estado é um dever de proteção da pessoa contra si mesma, que advém da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, onde a dignidade é valor absoluto, tornando-os irrenunciáveis. Nas palavras do autor:

[...] ninguém pode usar sua liberdade para violar a própria dignidade, pois esta será limite material à renúncia e autolimitação de direitos

⁴⁷³ MASSON, Cleber. 1976. **Crime organizado**. Organizadores: Cleber Masson; Vinicius Marçal. Rio de Janeiro: Forense. São Paulo: Método, 2015. Disponível em <http://www.upf.br/biblioteca/acervo-virtual/bibliotecas.virtuais>. ISBN 978-85-224-8109-5. Acesso: 07/02/2017.

⁴⁷⁴ SIQUEIRA, Leonardo. **Direitos humanos e fundamentais em perspectiva**. Coordenador: Cláudio Brandão. São Paulo: Atlas, 2014. p. 403. Disponível em <http://www.upf.br/biblioteca/acervo-virtual/bibliotecas.virtuais>. ISBN 978-85-224-8109-5. ISBN 978-85-224-8832-2 ISBN 978-85-224-8833-9. Acesso: 07/02/2017.

fundamentais. O Estado encontrar-se-á autorizado, diante do dever de proteção da pessoa até contra si mesma, a intervir em face de todas as pessoas que atentem contra sua própria indignidade [...] ⁴⁷⁵.

Trata-se de proteção do indivíduo contra ele mesmo, com determinação de direitos que ele mesmo não possa dispor por não possuir autonomia ou liberdade para, de forma voluntária, abdicar, donde a dignidade é valor irrenunciável e inalienável ⁴⁷⁶.

No entanto, se não atingir a essência de determinado direito, poderão sim ocorrer algumas limitações aos direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais não são suscetíveis de renúncia plena, mas podem ser objetos de autolimitações, desde que não esbarrem no núcleo essencial da dignidade da pessoa humana. Assim, as restrições, mesmo que consentidas à intimidade do indivíduo, não podem atingir o núcleo essencial do direito fundamental, sob pena de serem declaradas inconstitucionais, devido ao caráter da irrenunciabilidade de que gozam os direitos fundamentais ⁴⁷⁷.

O princípio jurídico-constitucional da proporcionalidade não se apresenta de forma expressa, mas sim de forma implícita nos demais, como dignidade, igualdade e devido processo legal. Está ele na essência dos direitos fundamentais, se traduzindo na expressa pretensão geral de liberdade do cidadão face o Estado. Desta forma, somente em caso de restrição imprescindível para a proteção de interesses públicos, poderá sofrer restrições, traduzindo-se assim num princípio equiparável às garantias fundamentais, se revestindo assim, ainda que não esteja escrito ⁴⁷⁸.

[...] sua aplicação pode ser deduzida facilmente da proteção constitucional do direito à liberdade e da própria natureza das

⁴⁷⁵ PAULA, Bruna Souza. **Direitos fundamentais uma perspectiva de futuro**. Organizador: Jorge Miranda. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2013. p. 96. Disponível em: <http://www.upf.br/biblioteca/acervo-virtual/bibliotecas.virtuais>. ISBN 978-85-224-8109-5. Acesso: 15/02/2017.

⁴⁷⁶ Ibid., p. 97. Acesso: 15/02/2017.

⁴⁷⁷ SYLVESTRE, Fabio Zech. **Direitos fundamentais: uma perspectiva de futuro**. Organizador: Jorge Miranda. Versão Digital. Disponível em: <http://www.upf.br/biblioteca/acervo-virtual/bibliotecas.virtuais>. SBN 978-85-224-8109-5 São Paulo Editora Atlas S.A., 2013. p. 237. Acesso: 15/02/2017.

⁴⁷⁸ SANGUINÉ, Odone. **Prisão cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. Disponível em: <http://www.upf.br/biblioteca/acervo-virtual/bibliotecas-virtuais>. ISBN 978-85-309-5815-2. Acesso: 10/02/2017.

medidas cautelares. O princípio de proporcionalidade tem status constitucional, pois deriva da força normativa dos direitos fundamentais, e, portanto, o legislador deve observá-lo na regulação das medidas limitadoras desses direitos, restringindo-os unicamente quando as ingerências sejam idôneas, necessárias e proporcionais em relação à busca de fins constitucionalmente legítimos. O princípio da proporcionalidade constitui, portanto, um fundamento autônomo para a declaração de inconstitucionalidade das medidas limitativas de direitos fundamentais de modo que tolhe toda a ação ilimitada do poder do Estado⁴⁷⁹.

Como um pressuposto e limite da prisão cautelar, o princípio da proporcionalidade regulamenta ser indispensável que a medida, ao limitar o direito fundamental “[...] esteja prevista pela lei, que seja adotada por decisão judicial especialmente motivada e que seja idônea, necessária e proporcional em relação com um fim constitucionalmente legítimo”. A ingerência, a intervenção do Estado nos direitos fundamentais só admitir-se-á se constitucionalmente justificada. Será inconstitucional o fim da intervenção quando não for idôneo ou ainda, se existir qualquer outro meio/modo de ser atingido esse fim, sem ser um fardo aos direitos fundamentais, sem lesar estes direitos⁴⁸⁰.

A justiça deve ser conquistada de forma gradativa, assegurando valores já adquiridos, mas que receba o novo também, numa sociedade que tenha maximizado a igualdade, com práticas concretas, com efetivas condições de vida digna, onde liberdades individuais sejam exercidas, superando o sistema de dominação das sociedades de classes⁴⁸¹.

Não se pode ignorar a imposição constitucional de limites ao poder estatal, especialmente quando se está de frente com situações que notoriamente implicam num claro retrocesso do direito.

⁴⁷⁹ SANGUINÉ, Odone. **Prisão cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. Disponível em: <http://www.upf.br/biblioteca/acervo-virtual/bibliotecas-virtuais>. ISBN 978-85-309-5815-2. Acesso: 10/02/2017.

⁴⁸⁰ Ibid. Acesso: 10/02/2017.

⁴⁸¹ MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. **A ciência do direito: conceito, objeto, método**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 132.

Ignorar essa presença coativa ao tempo da delação precedida de cárcere prematuro é, de sobremaneira, assentir com o que se conceitua de modernos atos de barbárie.

Casara menciona que o processo penal é um limitador do julgador e dos demais participantes de um processo, não servindo simplesmente como um instrumento que faculte uma retribuição ao acusado por meio de sofrimento, mas sim, pondo limites às ações humanas que perpetuam a agressividade entre os sujeitos. A defesa se apresenta como um espaço reservado ao acusado para vedar agressividades humanas e para buscar a democracia quando do processo e sua solução. Para o autor, [...] a negação da alteridade, o autoritarismo e a agressividade naturalizados na sociedade fazem-se sentir na carne do acusado⁴⁸².

A racionalidade é indispensável por conta das exigências da ética na prática efetiva da vida política democrática, onde ajam decisões democráticas, com espaço de discussões convictas, com opiniões que sejam firmes, que se construam, se formem e se expressem, não restando tão somente como intransigências desprovidas de vontade de elevar de forma Incondicional alguma pretensão⁴⁸³.

Tecer considerações sobre a defesa potencializada implica em ter, como em um jogo de xadrez, a certeza de que a defesa seja composta da melhor estratégia (como a defesa siciliana⁴⁸⁴) sempre utilizada, com algumas variantes, mas sempre utilizada⁴⁸⁵.

⁴⁸² CASARA, Rubens R R; Melchior, Antonio Pedro. **Teoria do processo penal brasileiro: dogmática e crítica vol. I: conceitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. p. 462.

⁴⁸³ MARTY, Mireille Delmas. **A imprecisão do direito do Código Penal aos direitos humanos**. 1941. Barueri, São Paulo: Manoele, 2005. p. 285.

⁴⁸⁴ A Defesa Siciliana é provavelmente a abertura de xadrez mais famosa de todos os tempos. Com certeza, é a mais popular. EMMS, John. Defesa siciliana. Tradução: Paulo Henrique Machado. Porto Alegre: Artmed, 2012. p. 6-9. Disponível em <https://integrada.minhabiblioteca.com.br>. Acesso: 27/02/2017.

⁴⁸⁵ EMMS, John. **Defesa siciliana**. Tradução: Paulo Henrique Machado. Revisão técnica: Ronald Otto Hillbrecht. Porto Alegre: Artmed, 2012.p. 6-9. Disponível em <https://integrada.minhabiblioteca.com.br> Acesso: 27/02/2017.

A condição social em que as pessoas estão inseridas traz consequências sérias e graves. As pessoas menos afortunadas quando acusados, ficam à margem de defesas potencializadas. Franklin, ao tecer observações sobre a Defensoria Pública diz que a defesa dos humilhados, dos que sofrem com o descaso social e que deixam de acreditar neles mesmos, ao ponto de desacreditar serem eles sujeitos de direitos, são pessoas que devem ter defesa de igual qualidade aos demais, senão seria uma privação para os menos favorecidos, e “Isso ocorre porque a pobreza leva as pessoas a acreditarem que são culpadas pela situação em que vivem, permanecendo mergulhadas na vergonha e no medo do julgamento alheio”⁴⁸⁶.

Nesta mesma esteira, num alerta à defesa, Rui Barbosa lembrou a situação dos menos favorecidos financeiramente, fazendo constar que atenção especial deve ser dedicada. Cite-se:

Mas o direito dos mais miseráveis dos homens, o direito do mendigo, do escravo, do criminoso, não é menos sagrado, perante a justiça, que o do mais alto dos poderes. Antes, com os mais miseráveis é que a justiça deve ser mais atenta, e redobrar de escrúpulo; porque são os mais mal defendidos, os que suscitam menos interesse, e os contra cujo direito conspiram a inferioridade na condição com a língua nos recursos⁴⁸⁷.

Em lição de profissionalismo, Rui Barbosa, em Oração aos moços, 1997- mencionou em seu discurso que “De nada aproveitam leis, bem se sabe, não existindo quem as ampare contra os abusos; e o amparo sobre todos essencial é o de uma justiça tão alta no seu poder, quanto na sua missão⁴⁸⁸”.

De perfeita adequação à temática da delação premiada, o brocardo latino *non omne quod licet, honestum est* (nem tudo que é lícito é honesto). Nem tudo que é feito e tido como lícito precisa ser aceito como dentro da

⁴⁸⁶ ROGER, Franklin. Diogo Esteves. **Princípios institucionais da defensoria pública: de acordo com a EC 74/2013 (Defensoria Pública da União)**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. ISBN- 978-85-309-5075-0. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br>. Acessado: 27/02/2017.

⁴⁸⁷ BARBOSA, Rui. **Oração aos moços**. Edição popular anotada por Adriano da Gama Kury. 5. ed. Rio de Janeiro : Fundação Casa de Rui Barbosa, 1997. p. 42-43.

⁴⁸⁸ *Ibid.*, p.36.

moralidade. Advogar não implica em ter de aceitar patrocinar causas que não encaixem dentro de suas próprias normas morais⁴⁸⁹.

Por oportuno então colacionar o constante do Art. 23 do Código de ética da OAB, que determina a honradez da advocacia criminal, que se faz necessária, independente da opinião do procurador, que não pode ser confundido com seu patrocinado. Segue:

Art. 23: É direito e dever do advogado assumir a defesa criminal, sem considerar sua própria opinião sobre a culpa do acusado. Parágrafo único: Não há causa criminal indigna de defesa, cumprindo ao advogado agir, como defensor, no sentido de que a todos seja concedido tratamento condizente com a dignidade da pessoa humana, sob a égide das garantias constitucionais⁴⁹⁰.

Mas defender a liberdade do acusado/indiciado, pugnar pelos seus direitos fundamentais, buscar evitar malefícios que o cárcere cria ao mesmo é tarefa da defesa, assim como o é o fato de impor-se aos absurdos e legitimados atos de coação. Isso é dar potencialidade à defesa.

Para os operadores do direito, destacando os direitos inerentes aos acusados, ressaltando o princípio da inocência e a necessidade de não se ter a “rotulagem” que se adere sobre o acusado de um crime, numa clara defesa dos direitos deste, Rui Barbosa menciona:

Não sigais os que argumentam com o grave das acusações, para se armarem de suspeita e execração contra os acusados; como se, pelo contrário, quanto mais odiosa a acusação, não houvesse o juiz de se precaver mais contra os acusadores, e menos perder de vista a presunção de inocência, comum a todos os réus, enquanto não liquidada a prova e reconhecido o delito⁴⁹¹.

⁴⁸⁹ MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. **Comentários ao código de ética e disciplina da OAB: análise do Código de 2015, pelo relator do anteprojeto e da sistematização final do texto**. Rio de Janeiro: Forense. ISBN 978-85-309-7204-2. 2016. p.18. Disponível em <https://integrada.minhabiblioteca.com.br>. Acessado: 27/02/2017.

⁴⁹⁰ MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. **Comentários ao código de ética e disciplina da OAB: análise do Código de 2015, pelo relator do anteprojeto e da sistematização final do texto**. Rio de Janeiro: Forense. ISBN 978-85-309-7204-2. 2016. p.66. Disponível em <https://integrada.minhabiblioteca.com.br>. Acessado: 27/02/2017.

⁴⁹¹ BARBOSA, Rui. **Oração aos moços**; edição popular anotada por Adriano da Gama Kury. 5. ed. Rio de Janeiro : Fundação Casa de Rui Barbosa, 1997. p. 41.

Na advocacia criminal, o que de maior valor possui no processo é a liberdade de seu assistido (física e psíquica). Na defesa destas liberdades, que devem ser respeitadas por todos, e na aceitação do patrocínio de uma causa criminal, o compromisso do defensor está em garantir estas liberdades. Não é preciso que acredite na inocência de seu assistido, mas que garanta seja o mesmo julgado de acordo o devido processo legal, tendo sua liberdade assegurada pela lei, postulando sua absolvição, figurando literalmente como a “voz de seus direitos legais” vigiando a regularidade processual⁴⁹².

Salutar ter como certo que, além de se estar em um Estado Democrático de Direito, precisa-se fazer valer esta democracia. Não basta ter o direito na cabeça se não houver, no coração, a predisposição para o cultivo da justiça como virtude. O saber, nesse caso, acaba esterilizado. É como sambar sem música e sem ritmo algum⁴⁹³.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A DELAÇÃO PREMIADA QUANDO DO CÁRCERE PREMATURO: UMA NEGOCIAÇÃO ENTRE DÍSPARES E MANIFESTA COAÇÃO ESTATAL

A finalidade buscada nesta obra foi discutir a delação premiada precedida de cárcere prematuro, considerando que nesta circunstância, a motivação não atende aos direitos fundamentais e as garantias constitucionais asseguradas ao sujeito de direitos.

Reputa-se de extrema importância o estudo referente ao instituto frente à função política que a medida de prisão cautelar se encarrega de cumprir, reservando então ao processo uma índole mais democrática e constitucional. Isto somente ocorrerá se, na relação jurídica, estiver o juiz entre

⁴⁹² Ibid., p. 66.

⁴⁹³ ARRONE. Ricardo. **Samba no pé & Direito na cabeça**. Carmela Grüne, organizadora. – São Paulo : Saraiva, 2012. Vários autores. p. 64.

as partes (modelo acusatório) e permanecer distante do trabalho desenvolvido na investigação, assim como na instrução, na qual caiba de forma confiável o princípio da presunção de inocência.

O acusado/indiciado de fato vagueia em uma relação política quando da colaboração premiada, assim como o magistrado e o representante ministerial.

A sociedade, diante da cultura midiática, gira em torno da “mensagem” trazida pela mídia. Neste cenário, em que o direito penal mínimo não resta acolhido pela proposital influência de se criar uma pseudo segurança, que é garantida pelo cárcere liminar nestes holofotes ostensivos, de cunho eminentemente político.

Considera-se aqui a relevância deste tema, dada a cultura popular (fomentada pela mídia) de que privação da liberdade seja, por derradeiro, o melhor revide para um suposto delito perpetrado, esquecendo-se de todas as mazelas que o cárcere (e aqui se refere unicamente ao cautelares) gera na pessoa do preso.

O aumento de novos tipos penais é um achaque cultural da contemporaneidade, uma medida que se dissocia dos moldes constitucionais, ao tempo em que parece convencer uma grande maioria da massa populacional de que esta é sim a melhor escolha, como se não fosse crível perceber-se no outro.

Por óbvio é preciso reparar que o outro, neste estudo é o já estigmatizado, o criminoso, o excluído, que merece (aos olhos da massa) este tratamento como repúdio ao mal causado, esquecendo-se – ou talvez seja melhor mencionar ignorando – que este preterido está dentro da massa e não do ocluso poder.

Dito isso, forçoso reconhecer que as políticas adotadas como reprimendas não têm o condão de abrandar a realização de crimes, culminando por fazer do cárcere um espaço de conglomerado humano.

Mas encravada está essa cultura do prender, já destinada a ter no potencial criminoso o elemento a ser descartado da comum(unidade), sem atentar-se que a proliferação legal de crimes acaba por onerar o Estado, que deveria tutelar com o cárcere as verdadeiras necessidades, tendo nele a *ultima ratio*.

Considera-se assim adequada e de extrema utilidade a discussão do tema pautado neste estudo, especialmente devido à temporalidade da polêmica delação premiada, à inovação das medidas substitutivas das cautelares (eis que juridicamente falando as medidas alternativas às cautelares engatinham neste cenário) e à imperativa urgência de pugnar pelos direitos fundamentais humanos, que restam cada vez mais suprimidos, o que alarma no sentido de se estar em um possível retrocesso quanto ao Estado Democrático de Direito.

O cerne é ser o tema adequado ao sistema penal brasileiro (por isso dedicou-se uma seção a este tema), estar ele observando as garantias fundamentais do ser humano, o modo de sua utilização em relação ao preso (delação precedida de cárcere), sua legitimação a este modo, bem como o resultado negativo que “resta” para uma defesa potencial.

Das conclusões inseridas no texto, especial atenção deve ser deferida à verdade real, que compreende e encontra perfeita harmonia com a tônica da delação premiada.

No primeiro capítulo, transcende-se a busca da verdade como um objetivo inócuo, falacioso e mítico, porém, verdadeiramente utilizado *ad argumentum* como incentivo à delação e em apoio a este instituto.

Por certo, acreditar que a verdade absoluta é uma crença no utópico, e que o processo penal na prática, volta-se para soluções que devem ser justificadas e fundamentadas, não se coaduna com este tipo de argumento.

Conclui-se desta seção que há toda uma estrutura provinda do Estado Democrático de Direito que busca proteger os direitos e garantias do cidadão, que notoriamente se chocam de frente com a pretensa busca da

verdade real por meio da delação premiada, em que a razão leva a se considerar como crível que esta estratégia surge em benefício do Estado, um trunfo em mãos do poder.

Como um fenômeno emergencialista, que por certo cumpre velar o punitivismo, a delação aponta busca de resposta e resgate de fatos pretéritos, facilitando assim o trabalho investigativo, eis que o referencial da delação premiada bate de frente com os direitos fundamentais.

Axiomático ter que as consequências da colaboração levam conclusão mais célere das investigações, assim como também facilitam a colheita de elementos capazes de embasar a denúncia, quiçá para corroborar o imaginário de um magistrado descomprometido com a imparcialidade.

Desta observação, conclui-se que a delação também surge como efetivo amparo ao Estado (e novamente ele), já que, caso efetivada, assujeita-se a uma escrachada hierarquia, onde restará avaliada a potencialidade e valorado seu conteúdo.

Aqui novamente um juízo valorativo do juiz (atuando como gestor da prova), o que nos leva a infelizmente concluir que a delação premiada é instrumento processual de eficácia notória, trazendo para o judiciário conhecimento dos fatos ocorridos, com riqueza de detalhes. Tais detalhes, confortados pelas demais provas, culminam na solução da investigação, num aporte legítimo para a denúncia e fundamentação robusta para a sentença, que poderiam não ser alcançados na investigação.

Como consequência, chega-se a conclusão que ao se admitir esse instituto, ao menos nos moldes atuais, estamos em face de uma prática de teor inquisitorial, em que o juiz coordena a prova e o uso de meios e modos nada sutis na busca da ilusionada verdade real, por “métodos” que em nada garantem a igualdade, a liberdade – liberdade que lhes é tolhida para que o Estado se torne mais forte na negociação da delação -, e não respeitam a dignidade humana, a moral, além de princípios encravados na Constituição Federal, como o da inocência e do silêncio.

Neste sentido, a tortura de um cárcere prematuro resta evidente. O cárcere marca o indivíduo, sua família e seu futuro, com cicatrizes tão profundas que o tempo não se faz meio apto a apagar.

Chega-se a conclusão que, ao modo do sistema inquisitivo, os fins justificam os meios. A tortura física, que deixa marcas aparentes, foi substituída de forma astuta pela tortura psíquica e pela barganha.

Nada mais arbitrário do que ceifar a liberdade de forma prematura, para posteriormente negociá-la, sob o aceno de prêmio, recompensa pela (in)voluntária colaboração com a justiça. Uma justiça arcaica neste sentido, ao modo medievo, que faz um “jogo sujo de poder”, pouco importando as consequências nefastas que cria à pessoa do criminoso (diz-se criminoso, porque se não o era antes, agora o é por conta do estigma que lhe adere à pele) ao lhe retirar a liberdade para posteriormente negociá-la. Conclui-se, assim, que nada mais é tão inverossímil quanto a delação precedida de cárcere.

Uma justiça que torna “atrativa” a participação do acusado, indiciado ou réu na coleta de provas, que sob o manto de notória benesse ao preso, faz uso da tortura enquanto meio de obtenção confissão – tortura em todos seus sentidos e significantes - torna-se impossível qualquer forma de elogios ao instituto da delação.

Atenha-se aqui, por conseqüente, quanto à defesa deste “preso provisório”, pessoa sem condições de acesso às provas de inquérito ou do processo, na maioria das vezes sem contato com o seu defensor no feito, que recebe uma denúncia por precatória muitas vezes, sem cópia do apurado no inquérito, sem acesso as suas possíveis testemunhas, sem o conhecimento efetivo das perícias realizadas.

Neste sentido o que se infere é que o devido processo penal também está sendo de sobremaneira atingido com essa “espécie” de cárcere, que é motivado pelo fim de obter a confissão. Ao conflito que aflora entre o devido processo legal, adequado às regras constitucionais, e o instituto da

delação quando precedida de cárcere, soma-se também o fato de não se conseguir perceber uma vinculação legalizada entre a prisão cautelar e a colaboração premial, que efetivamente permeia o processo penal, é prática reiterada, e não se justifica de maneira satisfatória, em especial por conta da desproporcionalidade da medida.

Já fica aqui a pretensão de que haja uma adequação maior deste instituto, de modo que fique vinculada a pretensão direta da delação, afim de que claramente se acene com o prêmio, que se respeitem então os direitos fundamentais, especialmente quanto às condições da delação, como requisitos ou condição de admissibilidade, já que atualmente sugere uma situação de testemunha ao confitente colaborador.

Com o que se tem atualmente, inegável que o instituto da delação se mostra essencial na colheita e produção de prova, pois importa ser útil. No entanto, há que se idear um parâmetro para melhor perfilhar o instituto, com funcionalidade legal, que atenda sim às expectativas do colaborador, mas em um âmbito reconhecidamente digno e isento, o que obviamente não acontece quando se segue orientado por aplicações decorrentes de um suporte inquisitorial .

No que tange à ordem ética, que é deveras importante, tem-se de ter presente que ao modo em que se encontra, a aplicação da delação premiada é realmente um poder, conferido às agências judiciais, daí a real dificuldade de reconhecer na delação um “prêmio” ao colaborador.

Nesta senda, oportuno mencionar a imperativa necessidade de se aprimorar o instituto, completando a legislação sobre ele, voltando-se especialmente à proteção do delator, talvez com criação de órgão da justiça que prime por estas garantias, facultando ao instituto situação análoga ao sistema de proteção à testemunha, oportunizando uma nova vida.

O cárcere por derradeiro é elemento capaz de explicar a índole e comportamento do delator quando adere – e o termo adere refere literalmente

ao fato de ocupar-se da medida por absoluta falta de opção – à vontade estatal de proceder delação.

É o direito penal do inimigo que não percebe o homem como ser, em que o perigoso modelo de opção de prova, qual seja, a delação, despreza a dignidade humana, assume circunstâncias elementares ao sistema inquisitorial, esquecendo da igualdade, da isonomia, sobrepondo o coletivo a qualquer direito pessoal, em menosprezo à Constituição.

Disto, há que se atentar para o fato de que aos moldes que se encontra a delação, a opção final de dar-lhe valia ou não, deixa clara a falta de opção do preso, que raras vezes opta por ela de forma extrema e deliberadamente espontânea, por vezes em que a defesa lhe acena esta opção como modo defensivo, objeto de estudo a ser aprofundado em outra oportunidade.

Aqui, por derradeiro, conclui-se ser a delação tida como um mal necessário, incrivelmente aos mesmos moldes que o cárcere prematuro e a pena privativa de liberdade, que de longa data são analisados, discutidos, mas se mantêm como outrora.

Espera-se que com a delação não seja assim. Neste sentido, prima-se pela possibilidade de aprimoramento do instituto, de modo que passe a vigor instrumentos que o facultem principalmente de forma descontextualizada da concreta realidade das penitenciárias. De forma que o acusado, disposto a ajudar a justiça, assim o faça voluntariamente, pautado por uma ética de arrependimento, em que exista a certeza de que o Estado não se utiliza de meios desidiosos, para “locupletar-se” da prova, com respeito aos fundamentais direitos do homem.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Augusto Jobim do. **Violência e processo penal: crítica transdisciplinar sobre a limitação do poder punitivo**. Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2008.

AMARANTE, João Armando Moretto **Direitos humanos em movimento**. Coordenadores: Amarante; André Weiszflog. São Paulo: Saraiva, 2013.

BACILA, Carlos Roberto. **Criminologia e estigmas: um estudo sobre os preconceitos**. 4^a. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. Tradução Juarez Cirino dos Santos. 3^a. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002.

BARBOSA, Rui. **Oração aos moços**. Edição popular anotada por Adriano da Gama Kury. – 5^a. ed. – Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1997.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial**. Tradução: Humberto Laport de Mello. 3^a. reimpressão. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

BATISTA, Nilo. **Punidos e mal pagos: violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje**. Ed. Revan. Rio de Janeiro/RJ, 1990.

BAUMAN, Zygmunt, 1925. **Confiança e medo na cidade**. Trad.: Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2009.

BECCARIA, Césare. **Dos delitos e das penas**. 11^a. ed. São Paulo: Hemus Editora Limitada, 1998.

BEDIN, Gilmar Antonio. **Direito e interação na América Latina/ Del'Olmo**. Florisbal de Souza, Marigueli Leite de Araujo. 1. ed. Campinas.SP. Millennium Editora, 2014.

BERTASO, João Martins; Gaglietti, Mauro José. **Diálogo e entendimento: direito e multiculturalismo & cidadania e novas formas**. vol. 3. Rio de Janeiro: GZ Ed, 2011.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral I**. 16^a. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BITTAR, Walter Barbosa. **Delação premiada: direito estrangeiro doutrina e jurisprudência**. 2^a. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BOSCHI, José Antonio Paganella. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 7ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

BRANDÃO, Claudio. **Direitos humanos e fundamentais em perspectiva**. São Paulo: Atlas, 2014. ISBN 978-85-224-8832-2. Disponível em <http://www.upf.br/biblioteca/acervo-virtual/bibliotecas-virtuais>. Acesso: 22/02/17.

BUDÓ, Marília de Nardin. **Mídias e discursos do poder: a legitimação discursiva do processo de encarceramento da juventude pobre no Brasil**. Curitiba/PR, 2013.

CARLIN, Volnei Ivo. **Deontologia jurídica ética e justiça**. 4ª. ed. Florianópolis: Conceito Editoria, 2007.

CARVALHO, Salo de. **As ciências criminais em debate**. Organizado por Renata Almeida Costa; Luiz Fernando Pereira Neto. Passo Fundo: Ed. Universidade de Passo Fundo, 2006.

_____. **Antimanual de criminologia**. 6ª. ed. Revista e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. **Penas e garantias**. 3ª ed. Revista e atualizada . Ed. Lumen Juri Rio de Janeiro.2008.

CASARA, Rubens R R; Melchior, Antonio Pedro. **Teoria do processo penal brasileiro: dogmática e crítica vol. I: conceitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

CASTELLAR, João Carlos. **Direito penal econômico versus direito penal convencional: a engenhosa arte de criminalizar os ricos para punir os pobres**. 1ª. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

CHESTERTON, Gilbert K. **O Que Há de Errado com o Mundo?** Tradução: Luiza Monteiro de Castro Silva Dutra. Campinas. São Paulo: Ecclesiae, 2013.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de processo penal: comentários consolidados e crítica jurisprudencial**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CORDERO, Franco. **Guida alla procedura penale**. Torino: Utet, 1986.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 9ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Crítica à teoria geral do direito processual penal. O papel do novo juiz no Processo Penal**. Renovar. Rio de Janeiro. São Paulo, 2001.

_____. **Introdução aos princípios gerais do direito processual penal brasileiro**. Curitiba. Juruá. 1998.

_____. **A lide e o conteúdo do processo penal**. Curitiba. Juruá. 1989.

CUNHA, Paulo Ferreira. **Samba no pé & Direito na cabeça**. Organizadora: Carmela Grüne. São Paulo: Saraiva, 2012.

D'ÁVILA, Fabio Roberto; SANTOS, Daniel Leonhardt dos. **Direito penal e política criminal**. Rec. Eletr. Org.:Dados eletrônicos. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2015.

DEGUIT, Leon. **Las transformaciones generales del derecho privado desde el Código de Napoleón**. Trad.: Carlos G. Posada. 2ª. ed. Francisco Beltran. Príncipe, 16. Madrid.

DIAS, Jorge Figueiredo. **Revista portuguesa de ciência criminal**. Ano 4. Fase 2, abril-junho. Diretor Jorge Figueiredo Dias. Editorial Noticias. Lisboa. Emilio Dolcini; Giorgio Marinucci, 1994.

DIVAN, Gabriel Antinolfi. **Processo penal e política criminal: uma reconfiguração da justa causa para a ação penal**. Porto Alegre: Elegancia Juris, 2015.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução e notas: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. **Uma questão de princípio**. Trad.: Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

EMMS, John. **Defesa siciliana**. Tradução: Paulo Henrique Machado. Revisão técnica: Ronald Otto Hillbrecht. Porto Alegre: Artmed, 2012. p. 6-9. Disponível em <https://integrada.minhabiblioteca.com.br>. Acesso:27/02/17

ESTEVES, Diogo. **Princípios institucionais da defensoria pública: De acordo com a EC 74/2013** (Defensoria Pública da União). Roger, Franklin. Diogo Esteves Rio de Janeiro: Forense, 2014. ISBN- 978-85-309-5075-0 Disponível em <https://integrada.minhabiblioteca.com.br>. Acesso:27/02/17

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. **Estudos de filosofia do direito: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito**. 2ª. Ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FYSCHINGER, José Francisco de. **As ciências criminais em debate**. Organizado por Renata Almeida Costa; Luiz Fernando Pereira Neto. Passo Fundo: Ed. Universidade de Passo Fundo, 2007.

FOUCAULT, MICHEL. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Tradução: Raquel Ramallete. Petrópolis Vozes, 1987.

FROTA, Denis (Benne Den). **Essência – Mapeamento da Personalidade**. 1ª. ed. Rio de Janeiro: Câmara Brasileira de Jovens Escritores, 2008.

GASSET, José Ortega y. **A rebelião das massas**- Trad.: Herrera Filho. Ed. Ruriack Ink. OPIUM CUM DIGNITATE, 2013.

GIACOMOLLI, Nereu José **O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica** – 2ª. ed. – São Paulo: Atlas, 2015.

GOLDSCHMIDT, James. **Principios generales del proceso II – Problemas jurídicos y políticos del proceso penal**. Ediciones Jurídicas Europa América. Buenos Aires. Argentina. 1936 .

GOMES, Luiz Flávio. **Beccaria (250 anos) e o drama do castigo penal: civilização ou barbárie?** São Paulo: Saraiva, 2014.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **A iniciativa instrutória do juiz no processo penal acusatório**. Revista Brasileira de Ciências Criminais | vol. 27/1999 | p. 71 - 79 | jul - set / 1999. Doutrinas essenciais processo penal | vol. 4 | p. 25 - 37 | jun / 2012 | dtr\1999\287.

GRÜNE, Carmela. **Samba no pé & Direito na cabeça**. Organizadora: Vários autores. São Paulo: Saraiva, 2012.

ISHIDA, Válter Kenji. **Processo penal: Incluindo as Leis no 12.654, de 28 de maio de 2012, no 12.694, de 24 de julho de 2012, que instituiu o juízo colegiado em primeiro grau, no 12.714, de 14 de setembro de 2012, e no 12.736, de 30 de novembro de 2012**. 4ª. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

JAKOBS, Günther; Meliá, Manuel Câncio. **Direito penal do inimigo: noções e críticas**. Livraria do advogado. Porto Alegre/RS, 2005.

JESUS, Damásio E. de. **Temas de direito criminal, 2ª. série**. São Paulo: Saraiva, 2001.

KELSEN, Hans, 1881-1973. **Teoria pura do direito**. Tradução: João Baptista Machado. 6ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____. **A justiça e o direito natural**. Trad. João Batista Machado. Livraria Almedina, Coimbra. 2001.

KHALED JR, Salah H. **A busca da verdade no processo penal para além da ambição inquisitorial**. São Paulo: Editora Atlas, 2013.

LOPES JUNIOR., Aury. **Direito processual penal**. 11ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **Prisões cautelares**. 4ª. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2013.

LOPES JUNIOR., Aury; Gloeckner, Ricardo Jacobsen. **Investigação preliminar no processo penal**. 6ª. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Trad.: Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980.

MACHADO SEGUNDO. Hugo de Brito. Coord.: Epistemologia Jurídica. org.: Larissa Maciel do Amaral. São Paulo: Atlas, 2015.

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. **A ciência do direito: conceito, objeto, método**. 2ª. Ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2001.

MARTELETO Filho, Wagner. **O direito à não autoincriminação no processo penal contemporâneo: investigação genética, interceptações telefônicas e ambientais, agentes infiltrados e outros problemas**. Belo Horizonte: Del Rey. 2012.

MARTINS, Rui Cunha. **O ponto cego do direito: the brazilian lessons**. 3ª. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. **A hora dos cadáveres adiados: corrupção, expectativa e processo penal**. São Paulo: Atlas, 2013.

MARTY, Mireille Delmas. **A imprecisão do direito do Código Penal aos direitos humanos**. 1941. Barueri, São Paulo: Manoele, 2005.

MASSON, Cleber, 1976. **Crime organizado**. Organização: Cleber Masson; Vinicius Marçal. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015. Disponível em: http://www.upf.br/biblioteca/acervo-virtual/bibliotecas-virtuais_modelo. E-Book. ISBN 978-85-914076-0-6. Acesso:09/02/2017.

MELEU, Marcelino da Silva. **O papel dos juízes frente aos desafios do estado democrático de direito**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013.

MENDONÇA, Andrey Borges de. 1979. **Prisão e outras medidas cautelares pessoais**. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: Método, 2011.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Provas no processo penal: estudo sobre a valoração das provas penais**. 2ª. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MESSA, Ana Flávia. **Curso de direito processual penal**. 2ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MESSUTI, Ana. **O tempo como pena**. Trad.: Tadeu Antonio Dix Silva; Maria Clara Veronesi Toledo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

MIRANDA, Jorge. **Direitos fundamentais: uma perspectiva de futuro**. Organizador: Jorge Miranda. Coordenação: Bleine Queiroz Caúla; Bruna Souza Paula; Valter Moura do Carmo. São Paulo: Atlas, 2013. ISBN 978-85-224-8109. Disponível em: <http://www.upf.br/biblioteca/acervo-virtual/bibliotecas-virtuais>. Acesso: 15/02/2017.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. 1689-755. **O espírito das Leis**. Trad.: Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 1996.

MOSSIN, Heráclito Antônio. **Garantias fundamentais na área criminal**. Barueri. São Paulo. Manole, 2014.

NUNES, Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência**. 3ª. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

PACHUKANIS. E. B. **Teoria geral do direito e Marxismo**. Tradução: Silvio Donizete Chagas. São Paulo: Editora Acadêmica, 1988.

PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório. A conformidade constitucional das leis processuais penais**. 3ª ed. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2005.

QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo: (o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal)**. São Paulo: Saraiva, 2003.

RANGEL, Paulo. **Investigação criminal direta pelo Ministério Público: visão crítica**. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2016.

RASCOVSKI, Luiz. **Temas relevantes de direito penal e processual penal**. Coordenação: Luiz Rascovski. São Paulo: Saraiva, 2012.

RAWLS, John. **O liberalismo político**: Trad.: Dinah de Abreu Azevedo. 2ª. ed. Atica. 2000.

ROCHA, Amélia Soares da. **Defensoria pública: fundamentos, organização e funcionamento**. São Paulo: Atlas, 2013. Disponível em <https://integrada.minhabiblioteca.com.br>. Acesso: 27/02/17

ROIG, Rodrigo Duque Estrada. **Aplicação da pena: limites, princípios e novos parâmetros**. 2ª. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. Tradução: Edson Bini. Bauru. São Paulo: EDIPRO, 2000.

ROXIN, Claus. **Política criminal e sistema jurídico-penal**, Trad.: Luis Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. **Estudos de direito penal**. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Criminologia e os problemas da atualidade**. Organizadores: Alvino Augusto de Sá; Sérgio Salomão Shecaira. São Paulo: Atlas, 2008. Disponível em <http://www.upf.br/biblioteca/acervo-virtual/bibliotecas-virtuais>. Acesso:20/01/2017

SANGUINÉ, Odone. **Prisão cautelar, medidas alternativas e direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. ISBN 978-85-309-5815-2. Disponível em <http://www.upf.br/biblioteca/acervo-virtual/bibliotecas-virtuais>. Acesso: 10/02/2017.

SANTOS, André Leonardo Copetti; LUCAS, Doglas Cesar. **O direito fundamental dos menores de 18 anos à não persecução penal**. *Revista Direito e Liberdade*, Natal, v. 18, n. 1, p. 11-46, jan./abr., 2016. www.esmarn.tjrn.jus.br/revistas. Acesso: 10/11/2016

SARLET, Ingo Wolfgang. **Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência**. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 47. 2004.

_____. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12.^a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

_____. **Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10.^a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

SCHMIDT, Andrei Zenkner. **O princípio da legalidade penal no estado democrático de direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, Eduardo Araújo da. **Crime organizado: procedimento probatório**. 2.^a ed. São Paulo: Atlas, 2009.

SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. **A ação processual penal entre política e constituição: outra teoria para o direito processual penal**. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2014.

_____. **Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil. Anais do congresso internacional “diálogos sobre processo penal entre Brasil e Itália”**. vol. 1. Empório do direito. Florianópolis/SC, 2016.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 11.^a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. 2.^a ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

TÁVORA, Nestor; Assumpção, Vinícius. **Processo penal II: provas – questões e processos incidentes**. São Paulo: Saraiva, 2012.

THOMPSON, Augusto. **Quem são os Criminosos O Crime e o Criminoso: Entes políticos**. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

THUMS, Gilberto. **As ciências criminais em debate**. Organizadora: Renata Almeida Costa; Luiz Fernando Pereira Neto. Passo Fundo: Ed. Universidade de Passo Fundo, 2006.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 19ª ed. rev. e atual. 3. vl. São Paulo: Saraiva, 1997.

TUCCI, Rogério Lauria. **Teoria do direito processual penal: jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático)**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Introdução ao estudo do direito: primeiras linhas**. 5ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Atlas, 2016.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. **Derecho Penal Parte General**. 2ª. ed. Buenos Aires Soc. Anonima Editora, 2002.

_____. **A palavra dos mortos: conferências de criminologia cautelar**. Coordenadores: Luiz Flávio Gomes, Alice Bianchini. São Paulo: Saraiva, 2012

ZAFFARONI, Eugenio Raull; Pierangeli, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro: volume 1: parte geral**. 9ª. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

ZIMERMANN, David E. **Os quatro vínculos: amor, ódio, conhecimento, reconhecimento na psicanálise e em nossas vidas**. Dados eletrônicos. Porto Alegre: Artmed, 2010.