



CEUB

EDUCAÇÃO SUPERIOR

ISSN 2236-1677

REVISTA BRASILEIRA DE POLÍTICAS PÚBLICAS
BRAZILIAN JOURNAL OF PUBLIC POLICY

Reflexões sobre o sistema punitivo brasileiro: prisão, direito à não autoincriminação e presunção de inocência

Reflections on the brazilian punitive system: prison, right to non-self-incrimination and presumption of innocence

Luís Roberto Barroso

Andre Luiz Silva Araujo

VOLUME 13 • Nº 1 • ABR • 2023

PROBLEMAS E PERSPECTIVAS DA RELAÇÃO ENTRE O DIREITO PENAL, O DIREITO PROCESSUAL PENAL E A POLÍTICA CRIMINAL

Sumário

FUNDAMENTOS DO SISTEMA JURÍDICO-PENAL.....	13
EDITORIAL	15
AS RELAÇÕES DE COMPLEMENTARIDADE ENTRE DIREITO PENAL, DIREITO PROCESSUAL PENAL E POLÍTICA CRIMINAL.....	19
Felipe da Costa De-Lorenzi, Guilherme Francisco Ceolin e Bruno Tadeu Buonicore	
FINALIDADES E FUNÇÕES DO PROCESSO PENAL.....	42
Cornelius Prittwitz	
O STATUS ONTOLÓGICO DOS ESTADOS MENTAIS	52
Carl-Friedrich Stuckenberg	
REFLEXÕES SOBRE O SISTEMA PUNITIVO BRASILEIRO: PRISÃO, DIREITO À NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO E PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.....	67
Luís Roberto Barroso e Andre Luiz Silva Araujo	
DIREITO PENAL	85
A TENTATIVA NA OMISSÃO IMPRÓPRIA: UM ESBOÇO SOBRE A DELIMITAÇÃO ENTRE ATOS PREPARATÓRIOS E INÍCIO DA EXECUÇÃO.....	87
Guilherme Góes e Janice Santin	
TUTELA PENAL DO CLIMA: DA IMPORTÂNCIA DA TEORIA DO BEM JURÍDICO À AUTONOMIA DO EQUILÍBRIO CLIMÁTICO DIANTE DO BEM AMBIENTAL	110
Marcelo Bauer Pertille	
POR UMA DETRAÇÃO COMPENSATÓRIA ENQUANTO DISPOSITIVO DE UMA POLÍTICA CRIMINAL REDUTORA DE DANOS.....	130
Patricia Carlos Magno e Leonardo Furtado Carvalho	
DIREITO PROCESSUAL	159
DO PROCESSO-ROCCO AO PROCESSO-RISCO: O PARADIGMA NEGOCIAL TORNANDO DÉMODÉE A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO	161
Rui Carlo Dissenha e Ana Paula Kosak	
UM SISTEMA DE INFORMANTES? NOTAS SOBRE O DIREITO AO CONFRONTO E O ESTÍMULO A UMA JUSTIÇA CRIMINAL UNDERGROUND	180
Ruiz Ritter e Ricardo Jacobsen Gloeckner	

A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 492, I, “E”, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL BRASILEIRO	213
Felipe Lazzari da Silveira	
A FUNÇÃO GARANTISTA PROCESSUAL DOS PRINCÍPIOS RESTAURATIVOS	231
Selma Pereira de Santana e Rubens Lira Barros Pacheco	
POLÍTICA CRIMINAL.....	270
POLÍTICA (PÚBLICA) CRIMINAL, CIÊNCIA DO DIREITO PENAL E CRIMINOLOGIAS: APORTES PARA UMA CONSTRUTIVA RELAÇÃO DE INTERDISCIPLINARIDADE	272
Marcelo Buttelli Ramos	
POLÍTICA CRIMINAL: UMA POLÍTICA PÚBLICA RELATIVA À MATÉRIA CRIMINAL.....	293
Strauss Vidrich de Souza e Fernanda Carolina de Araujo Ifanger	
MONITORAMENTO PRISIONAL NO BRASIL: EXPANSÃO INSTITUCIONAL EM TEMPOS DE AMBIGUIDADE NA POLÍTICA CRIMINAL.....	307
Guilherme Augusto Dornelles de Souza e Lígia Mori Madeira	
ABOLICIONISMO E HEGEMONIA NO CAMPO DE DISCURSIVIDADE DOS SABERES PENAIS	343
Lucas Villa e Bruno Amaral Machado	
OUTROS TEMAS	365
CLIMATE CHANGE AND BUSINESS DEVELOPMENT: A CRITICAL ANALYSIS OF WAYS TO ACHIEVE SUSTAINABLE DEVELOPMENT	367
Mona Mahecha e Monika Punia	
O PROGRAMA INOVAR AUTO E O ALCANCE DA IGUALDADE DE COMPETIÇÃO FRENTE ÀS CLÁUSULAS DA NAÇÃO MAIS FAVORITA E DO TRATAMENTO NACIONAL DA ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO.....	385
Keite Wieira	
PROTEÇÃO DE DADOS E INSTITUIÇÕES DE ENSINO: O QUE FAZER COM DADOS DE ALUNOS?.....	402
Fabrício Vasconcelos Gomes, Marcelo Castro Cunha Filho e Victor Nóbrega Luccas	
THE NON-AFFILIATES IN CHINA’S POLITICAL PARTY SYSTEM: HOW TO PLAY A ROLE?	422
Di Zhou	
THE CHINESE ‘SHARP EYES’ SYSTEM IN THE ERA OF HYPER SURVEILLANCE: BETWEEN STATE USE AND RISKS TO PRIVACY	440
Mateus de Oliveira Fornasier e Gustavo Silveira Borges	

Reflexões sobre o sistema punitivo brasileiro: prisão, direito à não autoincriminação e presunção de inocência*

Reflections on the brazilian punitive system: prison, right to non-self-incrimination and presumption of innocence

Luís Roberto Barroso**

Andre Luiz Silva Araujo***

Resumo

O objetivo deste artigo é explorar o funcionamento do sistema penal brasileiro, apresentando críticas e possíveis pontos de aprimoramento. Ao longo do texto, os autores tratam de medidas voltadas a evitar a incidência do direito penal, dos desequilíbrios punitivos e das consequências da corrupção crônica. Também examinam direitos e garantias penais previstos na Constituição de 1988, assim como na jurisprudência do STF, percorrendo: as distintas modalidades de prisão, o direito à não autoincriminação e à presunção de inocência. Em conclusão, afirmam a ineficiência do sistema penal brasileiro, por ser incapaz de prevenir, de ressocializar, de retribuir adequadamente. E defendem a necessária renovação da política criminal brasileira, a partir de um esforço conjunto dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, de modo a alcançar um direito penal subsidiário, moderado, republicano e eficiente.

Palavras-chave: política criminal; prevenção; retribuição; ressocialização; corrupção.

Abstract

The objective of the article is to explore the functioning of the Brazilian criminal justice system, presenting criticisms and possible points for improvement. Throughout the text, the authors address measures aimed at avoiding the incidence of criminal law, punitive imbalances, and the consequences of chronic corruption. They also examine the rights and criminal guarantees provided for in the 1988 Constitution, as well as the jurisprudence of the Supreme Court (STF), covering: the different modalities of imprisonment, the right to non-self-incrimination and the presumption of innocence. In conclusion, they affirm the inefficiency of the Brazilian penal system, as it is incapable of preventing, of re-socializing, and of adequately retributing. They defend the necessary renewal of Brazilian criminal policy, based on a joint effort of the Legislative, Executive and Judiciary branches, in order to achieve a subsidiary, moderate, republican and efficient criminal law.

* Artigo convidado

** Ministro do Supremo Tribunal Federal. Professor Titular da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Graduação em Direito pela UERJ. Mestre (Master of Laws) pela Yale Law School. Doutor e Livre-Docente pela UERJ. Senior Fellow na Harvard Kennedy School.
Email: gmlrb@stf.jus.br

*** Assessor do Ministro Luís Roberto Barroso no Supremo Tribunal Federal. Ex-assessor dos Ministros Carlos Ayres Britto e Celso de Mello. Especialista em Ordem Jurídica e Ministério Público pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Especialista em Ciências Penais pela Universidade Anhanguera, UNIDERP, com Formação para o Magistério Superior. Condecorado com o Diploma do Mérito do Servidor do Supremo Tribunal Federal.
Email: gmlrb@stf.jus.br

Keywords: criminal policy; prevention; retribution; ressocialization; corruption.

1 Introdução

O presente artigo é dividido em três partes. Na Parte I, apresentamos uma reflexão geral sobre o poder punitivo do Estado e suas vicissitudes no Brasil contemporâneo. Na Parte II, faz-se uma exposição didática, acompanhada da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, de três temas críticos para o direito penal e processual penal: a prisão e o direito dos presos; o direito à não autoincriminação; e a presunção de inocência. A Parte Final traz uma conclusão crítica sobre a desarrumação e os descaminhos da justiça penal no Brasil.

2 Parte I: Reflexões sobre o poder punitivo do Estado

2.1 Generalidades

2.1.1 O direito penal deve ser moderado, sério e igualitário

O direito penal existe para a proteção de valores sociais e de bens jurídicos relevantes. Entre eles se incluem a vida, a integridade física, a liberdade sexual, a propriedade privada, o patrimônio público e inúmeros outros. Cabe-lhe, também, assegurar os direitos fundamentais do acusado, que incluem, entre muitos, a presunção de inocência, o direito de não ser preso arbitrariamente e o devido processo legal. A lei penal define condutas que são vedadas e estabelece sanções para a violação das regras que institui.

Essas sanções ou penas variam em gravidade e podem ser privativas de liberdade, multas, interdição de direitos e prestação de serviços comunitários, entre outras. Sem ingressar em debates mais sofisticados e sutis, é possível registrar que a doutrina reconhece algumas finalidades próprias que são atribuídas às sanções penais, a saber: (i) retribuição; (ii) prevenção específica; (iii) prevenção geral; (iv) ressocialização e (v) restauração. Não é o caso de aprofundar cada uma delas. Faz-se apenas o registro de que boa parte da doutrina — acompanhada pelos autores dessas linhas — considera que o papel mais importante e desejável da pena criminal é funcionar como mecanismo de prevenção geral: as pessoas não cometerem crimes pela probabilidade de virem a sofrer consequências negativas pelos seus atos.

O direito penal precisa ser moderado, sério e igualitário. *Moderado* significa que se deve evitar a expansão desmedida do seu alcance, seja pelo excesso de tipificações, seja pela exacerbação desproporcional de penas. *Sério* significa que sua aplicação deve ser efetiva, de modo a desempenhar o papel dissuasório da criminalidade, que é da sua essência. *Igualitário* significa que a aplicação da lei não deve distinguir entre pobres e ricos, poderosos e comuns. Pode parecer óbvio, mas esse último atributo é o mais difícil de implementar no Brasil, onde fatores de classe, compadrio e outras disfunções fazem com que muitos se sintam acima da lei, enquanto outros tantos não conseguem sequer a proteção das leis. Temos um sistema que é duro com os pobres e manso com os ricos. Embora essa distorção seja particularmente grave entre nós, o problema talvez seja mundial.

2.1.2 Entre o abuso e a proteção deficiente

Nenhum ramo do Direito mexe com as paixões humanas como o direito penal. É inevitável que seja assim. A liberdade é um dos valores e bens jurídicos mais valiosos na existência de qualquer pessoa. O poder de restringi-la, por isso mesmo, deve ser cercado de todas as cautelas. Poucas áreas na atuação estatal são mais passíveis de abuso do que o poder de punir. Aliás, em grande medida, a história da humanidade tem sido a imposição de limites ao poder punitivo do Estado. Por outro lado, a proteção deficiente de valores e bens jurídicos relevantes, bem como a impunidade, atrasam o processo civilizatório dos povos. O equilíbrio entre os direitos fundamentais dos acusados e os interesses legítimos da sociedade é delicado e complexo, sobretudo nos países em desenvolvimento.

O sistema punitivo ou de persecução penal no Brasil desenrola-se em quatro etapas. A primeira tem início na *Polícia*, em que a investigação criminal é conduzida por meio do *inquérito policial*. A segunda etapa transcorre no *Ministério Público*, que, reputando suficientes os elementos colhidos pela autoridade policial, apresenta a *denúncia*. A terceira fase é processada perante o *Poder Judiciário*: o juiz recebe a denúncia, ocasião em que se instaura a *ação penal* contra o réu, e supervisiona a produção da prova. Ao final da instrução, ele proferirá uma *sentença* que, transitada em julgado, será executada. Então, tem início a quarta e última etapa, que é o cumprimento da pena no âmbito do *sistema de execução penal*. Se se tratar de decisão condenatória a pena privativa de liberdade, a execução penal se dará dentro do sistema penitenciário.

A Constituição de 1988 restabeleceu as prerrogativas do Judiciário e fortaleceu, significativamente, o Ministério Público. Independência judicial e autonomia do Ministério Público, portanto, não são problemas no Brasil contemporâneo. Deixando para outra ocasião o debate sobre nosso sistema processual arcaico e ineficiente, os problemas do sistema têm se concentrado na porta de entrada — a Polícia — e na porta de saída — o Sistema de Execução Penal. A Polícia, sobretudo nos Estados, é frequentemente mal remunerada, mal treinada e mal equipada. Sem condições de atuação baseada em técnica e inteligência, não é incomum que seja violenta. O número de homicídios no país é um dos mais altos do mundo e o índice de elucidação é bastante baixo.

Também o advogado desempenha função essencial à Justiça, na dicção expressa da Constituição¹. Cabe a ele representar o acusado (ou a parte demandada, nos casos não criminais), realizando sua defesa técnica e assegurando o contraditório. O advogado é parcial por dever de ofício: se aceitar a causa, tem a obrigação, nos limites da lei e da ética profissional, de atuar com plenitude no patrocínio do interesse para o qual foi constituído. Ele não tem autorização para mentir, embora caiba-lhe apresentar a versão dos fatos dada por seu cliente. O papel do advogado é o de sustentar, entre teses jurídicas e argumentos alternativos, aqueles que aproveitam a parte que lhe cabe defender. Do lado oposto, outro advogado — ou, no processo penal, o órgão do Ministério Público — apresentará o ponto de vista contraposto. A Justiça é a síntese dialética resultante do exame das provas e da consideração dos argumentos e das teses jurídicas em disputa.

Juízes, por sua vez, como evidente, não podem ter lado. Ao contrário, entre teses de fato e de direito contrapostas, cabe a eles encontrar a verdade possível. Na interpretação do direito penal, cabe ao juiz buscar o delicado equilíbrio referido acima, sopesando os direitos fundamentais do acusado com o interesse da sociedade na eventual aplicação da punição. O juiz é, também, guardião dos direitos fundamentais da próxima vítima: manter alguém preso, muitas vezes, significa evitar um novo homicídio, um novo roubo, um novo estupro, um novo desvio de dinheiro. Servir à justiça significa, no geral da vida, desagradar algum dos advogados (seja o de defesa, seja o de acusação). Às vezes, ambos. Juiz criminal jamais vai ganhar prêmio de popularidade.

¹ BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1998.: “Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”.

A esse propósito, aliás, é próprio prestar desde logo um esclarecimento: a interpretação constitucional, nas sociedades complexas contemporâneas, envolve muitas vezes algum grau de criatividade para atender a demandas que sequer foram imaginadas pelo constituinte ou pelo legislador. Essa lógica, todavia, não vale para a aplicação da lei penal: aqui subsistem, intactos, princípios como a reserva legal e a interpretação estrita. Não se criam tipos nem penas por interpretação judicial. No campo penal não há qualquer espaço para ativismo judicial. Muito menos para atender ao clamor público ou ouvir a voz das ruas. Nem tampouco para opções ideológicas. Para citar um exemplo recente: se um fazendeiro faz um disparo contra indígena que invadiu a sua propriedade estando armado, o que cabe saber é se, de fato, houve a invasão indevida e se a reação foi proporcional. Não interessa se a convicção do juiz é pró-índio ou se ele é um ruralista empedernido.

2.1.3 Não se muda o mundo com direito penal

Não se muda o Brasil nem o mundo com direito penal, processos e prisões. A construção de um país fundado em justiça, liberdades individuais e igualdade exige:

- a) *educação de qualidade* desde a pré-escola, para permitir que as pessoas tenham igualdade de oportunidades e possam fazer escolhas esclarecidas na vida;
- b) *distribuição adequada de riquezas*, poder e bem-estar, para que as pessoas possam ser verdadeiramente livres e iguais, e se sentirem integrantes de uma comunidade política que as trata com respeito e consideração; e
- c) *debate público democrático e de qualidade*, no qual a livre circulação de ideias e de opiniões permita a busca das melhores soluções para as necessidades e angústias da coletividade.

Nessa perspectiva, o sistema punitivo está longe de figurar no topo da lista dos instrumentos mais importantes para realizar o ideário constitucional de igualdade, pluralismo e tolerância. Talvez por isso mesmo, ele tenha sido largamente negligenciado no Brasil desde a redemocratização. A verdade, porém, é que no atual estágio da condição humana o bem nem sempre consegue se impor por si próprio. A ética, o ideal de vida boa precisa de um impulso externo também. Entre nós, no entanto, um direito penal seletivo e absolutamente ineficiente em relação à criminalidade de colarinho branco criou um país de ricos delinquentes. O país da fraude em licitações, da corrupção ativa, da corrupção passiva, do peculato, da lavagem de dinheiro sujo.

O sistema punitivo deixou de cumprir o seu papel principal, como mencionado anteriormente, que é o de funcionar como meio de *prevenção geral*: a total ausência do temor de punição potencializou os comportamentos criminosos. As pessoas na vida tomam decisões baseadas em incentivos e riscos. Se há incentivos para a conduta ilícita — como o ganho fácil e farto — e não há grandes riscos de punição, a sociedade experimenta índices elevados de criminalidade. Em passagem que se tornou clássica, Cesare Beccaria assentou que é a certeza da punição, mais do que a intensidade da pena, o grande fator de prevenção da criminalidade. Não é necessário o excesso de tipificações, tampouco a exacerbação desmedida da pena. O sistema punitivo pode e deve ser moderado. Mas tem que ser sério.

Ninguém deseja um Estado policial, uma sociedade punitiva, um direito penal onipresente. É preciso assegurar o direito de defesa e o devido processo legal. Mas, de outra parte, impõe-se desfazer a crença de que devido processo legal é o que não acaba nunca; e de que *garantismo* significa que ninguém nunca seja punido, não importa o que tenha feito. O país precisa de um Estado de justiça. Uma sociedade justa não pode conviver com a empresa que ganha a licitação porque deu propina para o administrador que conduzia o certame. Ou com o político que exige vantagem indevida do empresário como condição para não interferir negativamente na sua atividade econômica. Ou com o banqueiro que ganha no mercado financeiro porque tem *inside information*. Ou com o fiscal que achaca o contribuinte, ameaçando-o com injusta autuação. Ou com o fundo de pensão de empresa estatal que torra o dinheiro dos seus segurados em projetos inviáveis, porque o dirigente recebeu uma vantagem. Este não é um país justo. Este é um país triste e desonesto.

2.1.4 “Pune-se muito e mal”

Um dos lugares comuns quando se analisa o sistema penal brasileiro é a afirmação de que se pune muito e se pune mal. E, ainda assim, a proposição é verdadeira e fácil de demonstrar. A sociedade brasileira tem duas grandes aflições nessa matéria: violência e corrupção. E, não obstante isso, mais da metade das pessoas que estão presas no sistema penitenciário — e já nos aproximamos do número de um milhão de internos — lá não estão por qualquer dessas duas razões. De acordo com os dados recorrentes do Depen, estas são as estatísticas de pessoas presas por crimes violentos: 25% por roubo; 10% por homicídio; 5% por crimes sexuais; 3% por latrocínio (roubo seguido de morte); e 1% por violência doméstica. A soma desses percentuais dá 44%. E isso num país em que há cerca de 50 mil homicídios por ano. Por outro lado, 28% dos internos do sistema penitenciário lá estão por delitos associados a drogas. É o maior percentual de todos.

A política de drogas do Brasil precisa ser revisitada e repensada em um debate amplo e sem preconceitos. Tal discussão deve levar em conta algumas premissas fáticas, a saber: (i) droga é algo ruim e o papel do Estado é desincentivar o seu uso, tratar os dependentes e combater o tráfico; (ii) a guerra às drogas fracassou e, quase cinquenta anos depois, nem o consumo nem o tráfico foram abalados; e (iii) a política de criminalização assegura aos traficantes o monopólio de um negócio extremamente rentável. A finalidade de uma política de drogas deve ser: (i) quebrar o poder do tráfico, sobretudo aquele que exerce sobre as comunidades pobres, onde funciona como poder político e econômico; (ii) acabar com o hiperencarceramento inútil de jovens primários e de bons antecedentes, que têm as vidas destruídas, saem da prisão muito mais perigosos do que entraram e são prontamente substituídos pelo tráfico. Uma discussão aberta das experiências de descriminalização que têm sido implementadas mundo afora precisa, urgentemente, entrar na agenda brasileira.

Retomando a narrativa. Como visto, nem metade dos presos do sistema estão encarcerados por crimes violentos. Porém, no tocante à outra aflição da sociedade, o percentual é ainda mais chocante: não aparece na estatística o número de pessoas presas por corrupção e crimes do colarinho branco em geral. Vale dizer: é menos de 1%. Pelos dados do sistema penitenciário, não há corrupção significativa no Brasil. Tragicamente, a estatística não corresponde à realidade. Cabe lembrar que no Índice de Percepção da Corrupção – IPC, da Transparência Internacional, ocupamos um desonroso lugar, próximo da 100ª posição. Esse dado e a ocorrência de dezenas de milhares de homicídios por ano no país não são dissociados. A corrupção abre espaço para os medíocres, para as políticas públicas equivocadas e para a impunidade.

2.1.5 A corrupção como problema crônico

É impossível não identificar as dificuldades em superar a corrupção sistêmica como um dos pontos baixos desses últimos trinta anos de democracia no Brasil. O fenômeno vem em processo acumulativo desde muito longe e se disseminou, nos últimos tempos, em níveis espantosos e endêmicos. Não foram falhas pontuais, individuais. Foi um fenômeno generalizado, sistêmico e plural, que envolveu empresas estatais, empresas privadas, agentes públicos, agentes privados, partidos políticos, membros do Executivo e do Legislativo. Havia esquemas profissionais de arrecadação e distribuição de dinheiros desviados mediante superfaturamento e outros esquemas. Tornou-se o modo natural de se fazerem negócios e de se fazer política no país. A corrupção é fruto de um pacto oligárquico celebrado entre boa parte da classe política, do empresariado e da burocracia estatal para saque do Estado brasileiro.

Como seria de se esperar, o enfrentamento à corrupção tem encontrado resistências diversas, ostensivas e dissimuladas. Houve alguns avanços, que chegaram a atingir, num primeiro momento, pessoas que sempre se imaginaram imunes e impunes. A reação foi poderosa, em várias frentes². Em primeiro lugar, parte

² Deixo de fora dessa análise o caso específico do ex-Presidente Lula, em relação ao qual alguns erros da Operação Lava Jato e algum grau de contaminação política levaram o STF, por maioria, a reconhecer a incompetência do juízo em que condenado, assim como a suspeição do juiz.

do pensamento progressista no Brasil vislumbra a corrupção como uma nota de pé de página na história, acreditando que os fins justificam os meios. Por outro lado, parte da elite brasileira milita no tropicalismo equívoco de que corrupção ruim é a dos adversários, e não a dos que frequentem as mesmas mesas de pôquer, *vernissages* e salões que ela. Por fim, vêm os corruptos propriamente ditos, que se dividem em duas categorias bem visíveis: (i) a dos que não querem ser punidos pelos malfeitos cometidos ao longo de muitos anos; e (ii) um lote pior, que é o dos que não querem ficar honestos nem daqui para frente. Gente que tem aliados em toda parte. Não sem surpresa, ela vai apenas mudando de lugar: Mensalão, Petrolão, Orçamento... A esperança está no fortalecimento de um sentimento republicano e igualitário, capaz de vencer essa triste realidade.

Não é possível estudar o sistema punitivo entre nós sem levar em conta esses elementos: a violência espantosa na sociedade brasileira contemporânea, a fragilidade do direito penal em coibir a corrupção e, ademais, os excessos, a leniência e a desigualdade que o caracterizam.

3 Parte II: Alguns direitos e garantias penais na Constituição de 1988 e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

3.1 Prisão e direito dos presos

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LXI. “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”.

LXII - a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada;

LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;

LXIV - o preso tem direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial;

LXV - a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária;

LXVI - ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança.

O sistema punitivo brasileiro prevê três espécies de pena: privativa de liberdade, restritiva de direito e multa. A prisão é a consequência mais drástica da violação da lei penal. Ela significa a privação da liberdade de locomoção de uma pessoa, geralmente com seu recolhimento ao cárcere. Curiosamente, a restrição à liberdade de ir e vir significou um notável avanço civilizatório, já que surgiu em substituição às penas de morte e corporais, muitas vezes com requintes de crueldade. A despeito da existência de respeitáveis posições abolicionistas da segregação prisional, assim como de defesa de outras alternativas para a proteção dos bens jurídicos mais relevantes para a sociedade, a prisão ainda hoje é compreendida como um “mal necessário”³.

A prisão de qualquer pessoa, notadamente quando anterior ao julgamento, é exceção dentro do sistema punitivo brasileiro. Por isso mesmo, ninguém deverá ser mantido preso quando a lei admitir liberdade provi-

³ FRANCO, Alberto Silva. *Temas de direito penal*: breves anotações sobre a Lei n. 7.209/84. São Paulo: Saraiva, 1986.

sória, com ou sem fiança (art. 5º, LXVI). A regra geral é a de que a prisão dependerá de *ordem judicial*, ou seja, somente um juiz competente pode decretá-la. As exceções são a prisão em flagrante (que pode ser feita por “qualquer do povo”⁴) e as decorrentes de delitos de natureza militar (art. 5º, LXI). O ordenamento jurídico brasileiro admite as seguintes espécies de prisão: i) prisão extrapenal (prisão civil e prisão militar); ii) prisão penal (decorrente de sentença penal condenatória definitiva); iii) prisão cautelar, provisória ou processual, que é a prisão decretada antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória⁵. São modalidades de prisão provisória: a prisão em flagrante, a prisão preventiva e a prisão temporária. Como se vê, no âmbito penal, a prisão pode se dar antes ou após o julgamento. Após o julgamento final, ela será definitiva, sujeita apenas à revisão criminal.

3.1.1 Modalidades de prisão anteriormente ao julgamento⁶

A *prisão em flagrante* é aquela que se dá em contexto de extrema proximidade temporal e visual do fato criminoso⁷. Ela só é possível em situações em que praticamente não haja dúvida acerca da materialidade e da autoria do crime, ou seja, de que ele de fato ocorreu e quem o praticou. O art. 302 do Código de Processo Penal descreve as hipóteses de flagrante⁸. A prisão em flagrante deverá ser comunicada imediatamente ao juiz competente (art. 5º, LXII), assegurado ao preso o direito à identificação dos responsáveis pela prisão ou por seu interrogatório policial (art. 5º, LXIV). O flagrante deixou de ser um título autônomo de prisão, tendo a legislação passado a exigir, para sua manutenção, a presença dos requisitos para a prisão preventiva⁹. No caso de parlamentares, a prisão em flagrante somente pode ocorrer por crime inafiançável, com remessa dos autos dentro de 24 horas para a Casa legislativa respectiva, que deliberará sobre a manutenção da prisão, nos termos do art. 53, § 2º da Constituição¹⁰.

A *prisão temporária* é modalidade de prisão cautelar, disciplinada pela Lei n. 7.960, de 21.12.1989. O juiz pode decretá-la por 5 dias (ou 30 dias em caso de crime hediondo¹¹), prorrogáveis por igual período, quando imprescindível para as investigações do inquérito policial. A prisão temporária somente é possível quando houver fundadas razões de autoria ou participação em crimes graves, como homicídio, sequestro, roubo, extorsão, estupro, tráfico de drogas e quadrilha ou bando, entre outros previstos na lei (art. 3º). O Supremo Tribunal Federal considerou constitucional a lei, desde que cumulativamente presentes os requisitos — im-

⁴ BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, 1941.: “Art. 301. Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito”.

⁵ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 963.

⁶ Sobre o tema, v.: CRUZ, Rogério Schietti. *Prisão cautelar: dramas, princípios e alternativas*. Salvador: Jus Podium, 2022.

⁷ OLIVEIRA, Eugênio Paccelli de; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 574.

⁸ BRASIL. *Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. Rio de Janeiro, 1940.: “Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem: I - está cometendo a infração penal; II - acaba de cometê-la; III - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração; IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração”.

⁹ BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, 1941.: “Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente: I - relaxar a prisão ilegal; ou II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança”.

¹⁰ BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1998. art. 53: “§ 2º Desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável. Nesse caso, os autos serão remetidos dentro de vinte e quatro horas à Casa respectiva, para que, pelo voto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão”.

¹¹ BRASIL. *Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990*. Dispõe sobre os crimes hediondos [...]. Brasília, DF: Congresso Nacional, 1990.: “Art. 2º Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de: [...] § 4o A prisão temporária, sobre a qual dispõe a Lei no 7.960, de 21 de dezembro de 1989, nos crimes previstos neste artigo, terá o prazo de 30 (trinta) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade.”

prescindibilidade para a investigação e indícios de cometimento de um dos crimes previstos —, mas vedou, expressamente, sua decretação com a finalidade exclusiva de interrogar o indiciado¹².

A *prisão preventiva* é igualmente prevista na legislação processual penal, como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado (CPP, art. 312). Ela se destina, entre outras finalidades, a afastar do convívio social indivíduos que representem uma ameaça para os demais, bem como evitar a destruição de provas ou a fuga do suspeito. O Código de Processo Penal prevê situações em que a prisão preventiva poderá ser substituída por prisão domiciliar (art. 318)¹³. O Supremo Tribunal Federal já decidiu que:

a) *não é suficiente para a prisão preventiva a alegação da gravidade abstrata do crime*, devendo-se apontar o enquadramento concreto nas categorias do art. 312, isto é, por qual risco efetivo deve o acusado ser privado de sua liberdade antes do julgamento¹⁴. Naturalmente, nos casos de crime praticado com violência ou ameaça grave — homicídio, roubo, estupro —, o ônus argumentativo da demonstração da periculosidade é simples¹⁵;

b) *a prisão preventiva é medida de natureza cautelar e não de antecipação da punição do réu*¹⁶. Por essa razão, ela somente se justifica em situações nas quais exista risco de reiteração delitiva, interferência com a instrução probatória ou risco de evasão;

c) *a inobservância da previsão do parágrafo único do art. 316 do CPP não implica automática revogação da prisão preventiva*. O referido dispositivo prevê que a decisão pela prisão preventiva deverá ser revisada a cada 90 dias, sob pena de tornar a prisão ilegal. Em decisão proferida em Suspensão de Liminar, ratificada em Plenário, firmou-se a seguinte tese: “a inobservância do prazo nonagesimal do art. 316 do Código de Processo Penal não implica automática revogação da prisão preventiva, devendo o juízo competente ser instado a reavaliar a legalidade e a atualidade de seus fundamentos”¹⁷.

A legislação prevê, também, a prisão preventiva para fins de extradição (Lei n. 13.445/2017, art. 84), sendo que a jurisprudência do STF considera, como regra geral, que o recolhimento à prisão é pressuposto indispensável ao processamento do pedido de extradição¹⁸, entendimento que tem sido atenuado¹⁹. Em matéria de prisão civil, admite-se que ela recaia sobre o responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia (inciso LXVII do art. 5º da CF/88 e art. 528 do CPC). Porém, em virada jurisprudencial, o STF passou a considerar ilegítima a prisão civil do depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito. Assim fez por dar *status* supralegal à Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), que proíbe a prisão por dívida, salvo no caso do devedor de alimentos²⁰. Com relação aos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, contidos na parte final do

¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 4.109, Red. p/ ac. Min. Luiz Edson Fachin, j. 14 fev. 2022.

¹³ BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, 1941.: “Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for: I - maior de 80 (oitenta) anos; II - extremamente debilitado por motivo de doença grave; III - imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência; IV - gestante; V - mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos; VI - homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos. Parágrafo único. Para a substituição, o juiz exigirá prova idônea dos requisitos estabelecidos neste artigo”.

¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 87.343, 2ª T., Rel. Min. Cezar Peluso, j. 24.04.2007; e HC n. 156.371, 1ª T., Rel. Min. Marco Aurélio, j. 26.03.2019.

¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 133.812, 1ª T., Rel. Min. Luís Roberto Barroso, j. 12.06.2018: “Nas hipóteses envolvendo crimes praticados com especial violência ou grave ameaça a pessoa, o ônus argumentativo em relação à periculosidade concreta do agente é menor”.

¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 93.883, 2ª T., Rel. Min. Celso de Mello, j. 26.08.2008.

¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. SL n. 1.395, Rel. Min. Luiz Fux, j. 15.10.2020.

¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. EXT n. 1.121-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, j. 04.09.2008.

¹⁹ EXT 1.254-QO, Rel. Ayres Britto, j. 06.09.2011. Inclusive, a Lei nº 13.445/2017 passou a permitir a prisão domiciliar ou mesmo a liberdade enquanto tramita o processo.

²⁰ RE 466.343, Rel. Min. Cezar Peluso, j. 03.12.2008; e Súmula Vinculante nº 25 do STF: “É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito”.

inciso LXI do art. 5º da Constituição, não se exige a configuração do flagrante delito ou a expedição de uma ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente para que se realize a prisão. Tanto que, no tocante às punições disciplinares militares, o § 2º do art. 142 da CF/88 não admite o ajuizamento de *habeas corpus*, regra cujo sentido foi atenuado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal²¹.

3.1.2 Prisão após o julgamento

Concluída a instrução probatória, o juiz proferirá sentença, que poderá ser absolutória (CPP, art. 386) ou condenatória (CPP, art. 387), observadas as especificidades próprias quando se tratar de julgamento por tribunal do júri (CPP, art. 492). Transitada em julgado a decisão condenatória, tem início a sua execução (CPP, art. 668 e Lei de Execução Penal). Findo o processo, o conteúdo do julgado somente poderá ser alterado nas hipóteses estreitas de cabimento de revisão criminal²². Questão que gerou acalorado debate na sociedade, na doutrina e na jurisprudência, com oscilação do entendimento do próprio Supremo Tribunal Federal, diz respeito à possibilidade de dar início à execução da sentença condenatória após o julgamento em segundo grau, mesmo na pendência de recurso especial ou extraordinário. A questão será retomada pouco mais à frente, no exame da cláusula de presunção de inocência.

3.1.2.1 Audiência de custódia e juiz de garantias

A *audiência de custódia* configura um ato de natureza processual penal por meio do qual o preso é conduzido à presença da autoridade judiciária para que se verifiquem as circunstâncias da prisão. Possui duas finalidades principais: avaliar a real necessidade da privação da liberdade, com a possibilidade de sua substituição por medida cautelar diversa da prisão (CPP, art. 319²³); e assegurar a integridade física e psíquica da pessoa submetida ao rigor do Estado, verificando se o preso sofreu algum tipo de violência. Trata-se de medida com previsão no Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos (art. 9.3) e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (art. 7.5), e que cumpre, ainda, as recomendações contidas na Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes. Sua realização encontra-se prevista no art. 310 do Código de Processo Penal²⁴.

²¹ RHC 88.543, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 03.04.2007. Na oportunidade, a Primeira Turma do STF deixou consignado que, não se tratando de crime militar definido em lei, aspectos relacionados à “legalidade da imposição de punição restritiva de liberdade” podem ser discutidos por meio de HC.

²² BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, 1941.: “Art. 621. A revisão dos processos findos será admitida: I - quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos; II - quando a sentença condenatória se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos; III - quando, após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena.”

²³ “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 eletrônica...”

²⁴ BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, 1941. Com a reação dada pela Lei n.º 13.964, de 2019: “Art. 310. Após receber o auto de prisão em flagrante, no prazo máximo de até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, o juiz deverá promover audiência de custódia com a presença do acusado, seu advogado constituído ou membro da Defensoria Pública e o membro do Ministério Público, e, nessa audiência, o juiz deverá, fundamentadamente: I - relaxar a prisão ilegal; ou II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou III - conceder liberdade provisória,

A introdução da figura do *juiz de garantias*, pela Lei n. 13.964/2019, visou a reforçar o sistema acusatório no direito processual penal brasileiro. Como se sabe, são três os principais sistemas adotados para a resposta punitiva do Estado: o acusatório, o inquisitivo e o misto. O sistema *acusatório* caracteriza-se por uma clara distinção entre a função de promover a imputação penal e a de julgar, devendo a atividade de produção da prova ser exercida integralmente pelas partes. Nesse modelo, o julgador atua como terceiro imparcial e inerte, que confere tratamento igualitário às partes e profere, ao final do procedimento, a decisão da causa, a partir do seu livre convencimento motivado.

No sistema *inquisitivo*, em outros tempos adotados pela Igreja Católica, o juiz atua como parte: dirige o processo, acusa e julga. O procedimento costumava ser escrito e secreto, sem garantia de contraditório. No Brasil vigoraria um sistema *misto*: predominantemente inquisitivo na fase pré-processual (investigação e inquérito policial) e preponderantemente acusatório na fase processual. A introdução da figura do juiz de garantias reforça o caráter acusatório do sistema: caberia a ele o controle da legalidade da investigação criminal e dos direitos do acusado, sem iniciativa na instrução probatória. Sua atuação cessaria com o recebimento da denúncia ou queixa. A partir daí, atuaria outro juiz, o da instrução e julgamento. Até meados de 2022, a inovação se encontrava suspensa por decisão da presidência do STF. O fundamento principal foi a dificuldade da estrutura do Poder Judiciário em implementar a medida²⁵.

Não é possível concluir esse tópico sem enfatizar dois problemas graves que afetam o cumprimento da pena privativa de liberdade no Brasil. O primeiro é a quantidade elevada de *presos provisórios*, efeito colateral inexorável da ineficiência do sistema punitivo, com processos que não são concluídos em prazo razoável²⁶. As consequências indesejáveis são a antecipação do cumprimento da pena ou a prescrição. O segundo diz respeito ao sistema penitenciário, em relação ao qual o próprio Supremo Tribunal Federal já reconheceu um estado de coisas inconstitucional²⁷. Na observação aguda de Ademar Borges de Souza Filho:

A execução penal é o ponto alto de convergência de todo tipo de violação aos direitos fundamentais dos presos: é possível afirmar, sem risco de incorrer em exagero, que, para essa grande massa de hipossuficientes, o modelo de cumprimento das penas privativas de liberdade se converteu num sistema que opera fora de qualquer parâmetro de legalidade.²⁸

3.2 Direito à não autoincriminação

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado.

A ideia geral de um direito à não autoincriminação é antiga, remontando ao direito talmúdico²⁹ ou ao *ius commune* medieval.³⁰ Sua origem moderna, porém, é tradicionalmente identificada no constitucionalismo

com ou sem fiança.

²⁵ ADIs 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305, Rel. Min. Luiz Fux, liminar concedida em 22.01.2020.

²⁶ Segundo o Anuário Brasileiro de Segurança Pública, 28,5% da população carcerária era composta por detentos provisórios (233,8 mil) em 2021. V. POPULAÇÃO carcerária volta a aumentar, mas déficit de vagas diminui. *Conjur: Consultor Jurídico*, 10 jul. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jul-10/populacao-carceraria-volta-aumentar-deficit-vagas-cai>.

²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 347-MC, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 9.09.2015.

²⁸ SOUZA FILHO, Ademar Borges de. *O controle de constitucionalidade de leis penais no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 22.

²⁹ KIRSCHENBAUM, Aaron. *Self-Incrimination in Jewish Law*. [S. l.]: Burning Bush Press, 1970; ROSENBERG, Merker; ROSENBERG, Yale L. In the beginning: the Talmudic Rule against Self-Incrimination. *New York University Law Review*, v. 63, p. 955, 1988; DARROW-KLEINHAUS, Suzanne. The Talmudic Rule against Self-incrimination and the American Exclusionary Rule: a societal prohibition versus an affirmative individual right. *New York Law School Journal of International and Comparative Law*, v. 21, n. 2, p. 205-227, 2002; LEVINE, Samuel J. An introduction to self-incrimination in Jewish law, with application to American legal system. *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, v. 28, p. 257-277, 2006.

³⁰ HELMHOLZ, R. H. Origins of the Privilege against Self-incrimination: the role of the European *ius commune*. *New York Uni-*

inglês do século XVII, como reação a práticas inquisitoriais. De lá, a ideia de um direito natural à não autoincriminação aportou nas treze colônias norte-americanas, figurando, inicialmente, na Declaração de Direitos da Virgínia, de 12 de junho de 1776, que previa que ninguém poderia “ser forçado a produzir prova contra si próprio”. O tema ingressou na Constituição dos Estados Unidos em 1789 (o texto originário da Carta é de 1787), quando da aprovação da Declaração de Direitos (*Bill of Rights*). Ali, a Quinta Emenda previu expressamente que “ninguém [...] será compelido, em qualquer processo criminal, a ser testemunha contra si mesmo”.³¹

Há abundante e detalhada jurisprudência da Suprema Corte americana sobre o tema. O precedente mais conhecido é *Miranda v. Arizona*, julgado em 1966³². Nesse julgamento se decidiu que declarações feitas ou assinadas por acusados perante autoridade policial só poderiam ser usadas posteriormente em processo se determinadas salvaguardas fossem tomadas. Dentre as cautelas que se impunham, estava a necessidade de informar à pessoa o seu direito de permanecer calada e de adverti-la de que tudo o que dissesse poderia ser utilizado contra ela³³. Nada obstante a narrativa acima, veja-se que o princípio geral da não autoincriminação não é uma particularidade da cultura anglo-americana, sendo reconhecido por vários outros sistemas jurídicos, como os da Alemanha³⁴, Itália³⁵, Espanha³⁶, Argentina³⁷ e Colômbia.³⁸

O direito à não autoincriminação se funda, em primeiro lugar, no direito natural de todo indivíduo de preservar a própria liberdade e sua autonomia privada. E, em segundo lugar, numa visão do devido processo legal iluminada pelo princípio da dignidade humana, que impede a funcionalização do indivíduo para que

versity Law Review, v. 65, n. 4, p. 962-1566, 1990. O Autor faz, por exemplo, referência ao uso da fórmula *nemo tenetur prodere seipsum* (ninguém é obrigado a se trair) na Glosa Ordinária às Decretais do Papa Gregório IX, em especial, à glosa ad X 2.20.37 (Cum causam). Na doutrina nacional, v. TUCCI, Rogério L. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 392., onde afirma que as “raízes [do princípio], entretanto, remontam a vários séculos passados, com mais amplo desenvolvimento no *ius commune* e no processo penal canônico”.

³¹ WITT, John Fabian. Making the Fifth: the constitutionalization of american self-incrimination doctrine, 1791-1903. *Texas Law Review*, v. 77, issue 4, p. 825-923, mar. 1999. Veja-se também: BERGER, Mark. American perspectives on self-incrimination and the compelled production of evidence. *The International Journal of Evidence and Proof*, v. 6, issue 4, p. 218-242, 2002; TRAINOR, Scott A. A comparative analysis of a corporation's right against self-incrimination. *Fordham International Law Journal*, v. 18, issue 5, p. 2139-2186, 1994.

³² UNITED STATES. Supreme Court. *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436. June 13, 1966. Note-se que o acórdão diz respeito a quatro casos julgados em conjunto: além de *Miranda v. Arizona*, *Vignera v. New York*, *Westover v. United States* e *California v. Stewart*.

³³ Confira-se a ementa do acórdão: “Na ausência de outras medidas efetivas, os seguintes procedimentos de proteção à Quinta Emenda devem ser observados: a pessoa em custódia deve, antes de seu interrogatório, ser claramente informada de que tem o direito de permanecer em silêncio, e de que tudo o que disser será usada contra si no tribunal; ela deve ser claramente informada de que tem direito de se consultar com um advogado e de tê-lo presente durante o interrogatório, e de que, se for muito pobre, um advogado será nomeado para representá-la”. UNITED STATES. Supreme Court. *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436. June 13, 1966.

³⁴ Sobre o ponto, confira-se trecho de decisão do Tribunal Federal alemão (BGH, BGHSt 42, 139 = NJW 1996, 2940, caso GSSSt 1/96, j. 13 de maio de 1996): “De acordo com o núcleo do princípio, que também está formulado no art. 14, 3o, alínea g do Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos, ninguém deve, em um processo penal, ser compelido a, por meio de seu testemunho, se auto incriminar e, com isso, contribuir para sua condenação”.

³⁵ Em linha similar, a Corte Constitucional Italiana, sentença n° 291, de 26 de junho de 2002: “o princípio *nemo tenetur se detegere* é um corolário essencial do direito de defesa”.

³⁶ Veja-se ainda a posição do Tribunal Constitucional Espanhol, j. 13 de março de 2006, Sentencia 68/2006, Recurso de amparo 5786-2001, BOE n° 92 (Suplemento), de 18 de abril de 2006, p. 4: “En particular, hemos afirmado que los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable “son garantías o derechos instrumentales del genérico derecho de defensa, al que prestan cobertura en su manifestación pasiva, esto es, la que se ejerce precisamente con la inactividad del sujeto sobre el que recae o puede recaer una imputación, quien, en consecuencia, puede optar por defenderse en el proceso en la forma que estime más conveniente para sus intereses, sin que en ningún caso pueda ser forzado o inducido, bajo constricción o compulsión alguna, a declarar contra sí mismo o a confesarse culpable”.

³⁷ Entendimento similar é registrado pela Corte Suprema de Justiça da Nação, na Argentina, j. 27 de outubro de 2006, Caso C. 2016. XLI (inteiro teor disponível em <http://www.csjn.gov.ar>): “contraviene a la protección constitucional contra la autoincriminación la creación, por parte de las autoridades que conducen el proceso, de una situación tal que si se elige no confesar, se sufrirán consecuencias negativas directamente relacionadas con el proceso.

³⁸ De acordo com a Corte Constitucional Colombiana, caso C-621 de 1998: “Con base en la garantía constitucional sobre no autoincriminación, el silencio voluntario del individuo llamado a indagatoria se constituye en una forma de defensa y por tanto en un verdadero derecho de carácter fundamental que hace parte del debido proceso”.

produza prova contra si, no interesse do Estado³⁹. Esse direito de não atuar contra o próprio interesse – identificado pelo brocardo latino *nemo tenetur se detegere* (“ninguém é obrigado a se descobrir”) — tem um alcance bem mais abrangente do que a literalidade do art. 5º, LXIII sugere, ao se referir tão-somente ao direito do “preso ... de permanecer calado”. Na linha da jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal, o direito se estende a todas as pessoas, presas ou não, que sejam acusadas ou investigadas⁴⁰, inclusive por Comissões Parlamentares de Inquérito⁴¹, alcançando, em certos casos, até mesmo as testemunhas.⁴²

O direito ou princípio da não autoincriminação abriga, na verdade, três posições jurídicas distintas: (i) o direito ao silêncio; (ii) a liberdade de não colaborar; e (iii) a liberdade de se precaver.

O *direito ao silêncio* foi, historicamente, a primeira posição jurídica que se visou proteger a partir da noção de garantia dos acusados contra a autoincriminação. Daí porque, tradicionalmente, é a única conduta a contar com proteção expressa em diversos sistemas e em tratados internacionais de proteção dos direitos humanos.⁴³ Antes da Constituição de 1988 e da previsão expressa do direito de permanecer calado, o direito ao silêncio era referido apenas no Código de Processo Penal. E, mesmo assim, de forma um tanto inócua, já que, na redação original do seu art. 186, o silêncio poderia ser interpretado em prejuízo da defesa.⁴⁴ Esse dispositivo foi declarado incidentalmente inconstitucional⁴⁵ e, posteriormente, substituído⁴⁶. Atualmente, pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a ausência de advertência acerca do direito ao silêncio torna nula a audiência⁴⁷ e ilícita a prova.⁴⁸

³⁹ Sobre o ponto, confira-se o registro de NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 90: “O Estado é a parte mais forte na persecução penal, possuindo agentes e instrumentos aptos a buscar e descobrir provas contra o autor da infração penal, prescindido, pois de sua colaboração. Seria admissão de falência de seu aparato e fraqueza de suas autoridades se dependesse do suspeito para colher elementos suficientes a sustentar a ação penal”. V., também: TOVIL, Joel. A proteção contra a auto-acusação compulsória aplicada à persecução penal. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, Brasília, v. 22, n. 111, fev./mar. 2008.

⁴⁰ V. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. DJ 28.ago.92, HC 68.929, Rel. Min. Celso de Mello: “Qualquer indivíduo que figure como objeto de procedimentos investigatórios policiais ou que ostente, em juízo penal, a condição jurídica de imputado, tem, dentre as várias prerrogativas que lhe são constitucionalmente asseguradas, o direito de permanecer calado”. Na doutrina, veja-se: GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 133.; FERNANDES, Antônio Scaranze. *Processo penal constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 262.; TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 367.; SUANNES, Adauto. *Os fundamentos éticos do devido processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 333.

⁴¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. DJ 16.fev.2000, HC 79.812, Rel. Min. Celso de Mello: “O privilégio contra a auto-incriminação - que é plenamente invocável perante as Comissões Parlamentares de Inquérito - traduz direito público subjetivo assegurado a qualquer pessoa, que, na condição de testemunha, de indiciado ou de réu, deva prestar depoimento perante órgãos do Poder Legislativo, do Poder Executivo ou do Poder Judiciário”.

⁴² Nesse sentido: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RTJ 163/626, HC 73.035, Rel. Min. Carlos Velloso: “Não configura o crime de falso testemunho quando a pessoa, depondo como testemunha, ainda que compromissada deixa de revelar fatos que possam incriminá-la”.

⁴³ Promulgado pelo Decreto nº 592/92, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos previu, no art. 14(3)(g), o direito de toda pessoa “não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada”. Também a Convenção Americana de Direitos Humanos, promulgada pelo Decreto nº 678/92, previu em seu art. 8º (2)(g) o direito de toda pessoa “não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada”.

⁴⁴ Esta a redação original do art. 186 do Código de Processo Penal, antes da Lei nº 10.792/03: “Antes de iniciar o interrogatório, o juiz observará ao réu que, embora não esteja obrigado a responder às perguntas que lhe forem formuladas, o seu silêncio poderá ser interpretado em prejuízo da própria defesa”.

⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RTJ 180:1001, HC 80.949, Rel. Min. Sepúlveda Pertence; STF, DJ 20.mar.1998, RE 199.570, Rel. Min. Marco Aurélio.

⁴⁶ Essa a nova redação do art. 186 do Código de Processo Penal: “Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas. Parágrafo único. O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa”.

⁴⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. DJ 19.dez.2002, HC 82.463, Rel. Min. Ellen Gracie: “Não tendo sido o acusado informado do seu direito ao silêncio pelo Juízo (Art. 5º, inciso LXIII), a audiência realizada, que se restringiu à sua oitiva, é nula”.

⁴⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RTJ 180:1001, HC 80.949, Rel. Min. Sepúlveda Pertence: “[A] falta da advertência – e da sua documentação formal – faz ilícita a prova que, contra si mesmo, forneça o indiciado ou acusado no interrogatório formal e, com mais razão, em ‘conversa informal’ gravada, clandestinamente ou não”.

A *liberdade de não colaborar* significa que o acusado ou investigado não tem o dever de cooperar com a apuração dos fatos que possam favorecer a acusação e, conseqüentemente, prejudicá-lo. Como decorrência natural desse direito, ele não pode sofrer sanção pela conduta de não cooperação. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem reconhecido uma série de comportamentos que não devem ser considerados ilícitos quando praticados pelo acusado. Assim é que, *e.g.*, o réu pode licitamente se recusar a participar de reconstituição do crime do qual é acusado⁴⁹ ou a fornecer padrão vocal⁵⁰ ou padrão gráfico de próprio punho para perícia que possa lhe prejudicar⁵¹, sem com isso incorrer em qualquer crime (tal como, *e.g.*, desobediência – CP, art. 330) ou sofrer prejuízos para sua defesa.

Por fim, a *liberdade de ser preaver* impõe o reconhecimento de que ninguém tem o dever de facilitar sua própria incriminação, o que pode mesmo autorizar algumas condutas comissivas, isto é, a prática de atos que dificultem sua responsabilização. O Estado, no exercício da pretensão punitiva, pode, naturalmente, procurar evitar a prática de certos comportamentos defensivos, até mesmo com um arsenal pesado que inclui prisão cautelar, busca e apreensão e condução coercitiva (em casos, por exemplo, de risco de evasão ou destruição de provas). Mas não pode apenar, autonomamente, posturas que não são tipificadas como delitos autônomos, a exemplo da fuga.⁵² Além disso, reprovável como seja o recurso à mentira, tampouco ela é condenada como delito autônomo, na linha de relevantes entendimentos doutrinários⁵³ e da jurisprudência do próprio Supremo Tribunal Federal, que já reconheceu, em mais de uma decisão, o direito de o acusado faltar com a verdade.⁵⁴ Ao revés, já não estarão protegidas condutas como a ocultação de cadáver ou a intimidação de testemunhas, porque afetam a esfera de direitos de terceiros.⁵⁵

3.3 Presunção de inocência

⁴⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. DJ 4.set.1992, HC 69.026, Rel. Min. Celso de Mello: “O suposto autor do ilícito penal não pode ser compelido, sob pena de caracterização de injusto constrangimento, a participar da reprodução simulada do fato delituoso”.

⁵⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. DJ 12.dez.2003, HC 83.096, Rel. Min. Ellen Gracie: “O privilégio contra a auto-incriminação, garantia constitucional, permite ao paciente o exercício do direito de silêncio, não estando, por essa razão, obrigado a fornecer os padrões vocais necessários a subsidiar prova pericial que entende lhe ser desfavorável”.

⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. DJ 8.set.1998, HC 77.135, Rel. Min. Ilmar Galvão: “[É] fora de dúvida que o dispositivo do inciso IV do art. 174 do Código de Processo Penal há de ser interpretado no sentido de não poder ser o indiciado compelido a fornecer padrões gráficos do próprio punho, para os exames periciais, cabendo apenas ser intimado para fazê-lo a seu alvedrio”.

⁵² V., porém: BRASIL. *Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. Rio de Janeiro, 1940. art. 247: “Inovar artificialmente, na pendência de processo civil ou administrativo, o estado de lugar, de coisa ou de pessoa, com o fim de induzir a erro o juiz ou o perito: Pena - detenção, de três meses a dois anos, e multa”.

⁵³ V., *e.g.*: TORNAGHI, Hélio. *Curso de processo penal*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1990. v. 1. p. 363. “E mais: o réu pode até mentir. Não se trata de um direito de mentir, nem há que falar em direito (subjeto), neste caso. O que há é que a mentira do réu não constitui crime, não é ilícita. Mas, convém explicar: o réu é livre de mentir para se defender, não para acusar [...]. Por tudo isso o réu não presta compromisso, como testemunha e o perito. *Nemo tenetur se detegere*, “ninguém está obrigado a se descobrir”, é o princípio ético, liberal, que informa a lei brasileira”.

⁵⁴ V. exemplificativamente: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. DJ 16.fev.2000, HC 79.812, Rel. Min. Celso de Mello: “E esse direito ao silêncio inclui, até mesmo por implicitude, a prerrogativa processual de o depoente negar, ainda que falsamente, perante a autoridade policial, judiciária ou legislativa, a prática de qualquer infração penal”; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. DJ 2.abr.1993, HC 68.742, Rel. Min. STF, DJ 29.ago.1997, HC 75.257, Rel. Min. Moreira Alves: “Ora, tendo o indiciado o direito de permanecer calado e até mesmo o de mentir para não auto-incriminar-se com as declarações prestadas, não tinha ele o dever de dizer a verdade, não se enquadrando, pois, sua conduta no tipo previsto no artigo 299 do Código Penal”.

⁵⁵ Nesse sentido, NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 1152: “Cremos fazer parte do direito de autodefesa do réu a inovação de certas coisas (como a modificação das características da arma utilizada para o homicídio, por exemplo, para não ser apreendida), de determinados lugares (a arrumação da casa, lavando-se manchas de sangue, após o cometimento do delito) ou de pessoa (buscar alterar a própria feição para não ser reconhecido). O crime [de fraude processual] destina-se, portanto, àquele que não é réu, diretamente envolvido no processo, mas busca alterar o estado de coisa, lugar ou pessoa para levar a erro o magistrado ou o perito. Entretanto, há limite para a utilização da autodefesa, quando a inovação de lugar implica, por exemplo, no cometimento de delito mais grave, como a ocultação de cadáver. Este último tem objeto jurídico diverso, que é o respeito à memória do morto, a merecer sepultamento digno, além de possuir pena mais grave [...]”.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

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

O sentido e alcance dessa cláusula constitucional gerou oscilação jurisprudencial e acalorados debates doutrinários e sociais. A questão delicada que se delineou foi o momento a partir do qual é possível dar execução à decisão judicial condenatória. Tanto a legislação quanto o entendimento do Supremo Tribunal Federal variaram ao longo do tempo.

Por largo período após o início de vigência do Código de Processo Penal, previu-se o recolhimento do réu à prisão após o julgamento em 1º grau.⁵⁶ Mais à frente, com base no art. 597 do CPP, passou-se a entender, diante do efeito suspensivo reconhecido à apelação da sentença condenatória, que a execução da decisão somente poderia se dar após o julgamento desse recurso. Vale dizer: antes do julgamento em 2º grau, não era possível a execução da sentença condenatória. Esse entendimento prevaleceu mesmo após o advento da Constituição de 1988. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal admitia, pacificamente, que a condenação em 2º grau ensejava a execução do julgado, inclusive com a prisão do réu.⁵⁷

Essa linha jurisprudencial prevaleceu até 2009, quando do julgamento do HC 84.078. Naquela oportunidade, ao interpretar o inciso LVII do art. 5º da Constituição, o STF passou a vedar a execução da pena antes do trânsito em julgado da condenação, invocando o princípio da presunção de inocência. Da ementa do acórdão se extraem as seguintes passagens:

Habeas corpus. Inconstitucionalidade da chamada ‘execução antecipada da pena’. Artigo 5º, LVII, da Constituição do Brasil. Dignidade da pessoa humana. Artigo 1º, III, da Constituição do Brasil.

[...] A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso VII, que ‘ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória’.

[...] A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar.⁵⁸

Nova virada jurisprudencial sobreveio no julgamento do HC n. 126.292, em 2016. Nele, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, por 7 votos a 4, sufragou a tese de que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência.⁵⁹ Em seu voto, o primeiro autor deste texto, na linha do entendimento da maioria, observou:

A prisão, neste caso, justifica-se pela conjugação de três fundamentos jurídicos:

(i) a Constituição brasileira não condiciona a prisão – mas sim a culpabilidade – ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória. O pressuposto para a privação de liberdade é a ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, e não sua irrecurribilidade. Leitura sistemática dos incisos LVII e LXI do art. 5º da Carta de 1988;

(ii) a presunção de inocência é princípio (e não regra) e, como tal, pode ser aplicada com maior ou menor intensidade, quando ponderada com outros princípios ou bens jurídicos constitucionais colidentes. No caso específico da condenação em segundo grau de jurisdição, na medida em que já houve demonstração segura da responsabilidade penal do réu e finalizou-se a apreciação de fatos e provas, o princípio da presunção de inocência adquire menor peso ao ser ponderado com o interesse constitucional na efetividade da lei penal (CF/1988, arts. 5º, *caput* e LXXVIII e 144);

⁵⁶ BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, 1941. Redação original do art. 594: “O réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão”. Este dispositivo veio a ser revogado pela Lei nº 11.719, de 20 de junho de 2008.

⁵⁷ V. e.g., BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 68.726, Rel. Min. Néri da Silveira, j. 26.06.1991.

⁵⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 84.078, Rel. Min. Eros Grau, j. 5.02.2009.

⁵⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC n. 126.292, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 17.02.2016.

(iii) com o acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação esgotam-se as instâncias ordinárias e a execução da pena passa a constituir, em regra, exigência de ordem pública, necessária para assegurar a credibilidade do Poder Judiciário e do sistema penal. A mesma lógica se aplica ao julgamento por órgão colegiado, nos casos de foro por prerrogativa.

Essa linha de entendimento foi ratificada no julgamento das medidas cautelares nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade ns. 43 e 44⁶⁰, bem como no julgamento, em regime de repercussão geral, do ARE n. 964.246⁶¹. Todavia, no julgamento do mérito das duas ADCs aqui mencionadas, o STF tornou a alterar a sua jurisprudência na matéria, voltando a afirmar que a execução da pena, após a condenação em 2º grau, mas antes do trânsito em julgado, violava a presunção de inocência. Assim, ao declarar a constitucionalidade do art. 283 do CPP⁶², interpretou-o no sentido de que ele vedaria a execução na pendência dos recursos especial e extraordinário.⁶³ Essa é a posição atual do Supremo Tribunal Federal.

Em suma, duas correntes se alternaram no Tribunal a propósito desse tema. Uma primeira corrente entende que a presunção de inocência, como todo direito, não é absoluta, precisando ser interpretada em harmonia com outros direitos e valores constitucionais. Deve ser entendida, assim, como um princípio, comportando ponderação com outros bens jurídicos constitucionais, notadamente a efetividade mínima do sistema punitivo. A possibilidade de execução da pena após a condenação em segundo grau é o padrão adotado pela quase totalidade dos países democráticos. A corrente oposta considera a presunção de inocência uma regra rígida, a ser aplicada segundo a lógica do “tudo ou nada”, mesmo que a consequência seja um sistema penal ineficiente e constrangedoramente seletivo, recaindo, sobretudo, sobre os que não têm meios de procrastinar indefinidamente a conclusão dos processos.⁶⁴

A prolongada duração dos processos criminais traz consequências negativas graves para o sistema de justiça, como já assinalado e aqui reiterado. A primeira delas é a ocorrência frequente de prescrição, sobretudo em crimes de colarinho branco. Em segundo lugar, a procrastinação indefinida leva a uma distorção: a elevada incidência de prisões antes do trânsito em julgado. Relatório produzido pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, em 2017, revelou problema crônico enfrentado pelos Estados-membros da Organização dos Estados Americanos (OEA): a média de pessoas presas antes do julgamento final é superior a 36%, podendo chegar, em alguns países, a 60% do total da população carcerária.⁶⁵ Esse quadro evidencia, naturalmente, a disfuncionalidade do sistema.

4 Parte Final: Considerações críticas acerca do sistema punitivo brasileiro

O direito penal e processual no Brasil tem permanecido no mesmo lugar há muito tempo: cruel, ineficiente e incapaz de fornecer os incentivos certos para a sociedade. Ele combina o pior de dois mundos: arbitrariedade e impunidade. O sistema punitivo brasileiro está desarrumado filosófica, normativa e administrativamente, precisando de um exercício de pensamento criativo e energia construtiva. Ele não realiza, adequadamente, nenhuma das funções próprias da pena criminal: não previne, não ressocializa nem prevê retribuição na medida certa. A sociedade tem a sensação difusa de impunidade, mas as estatísticas de encarceramento são elevadíssimas. Temos uma justiça tipicamente de classe: mansa com os ricos e dura com

⁶⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADCs ns. 43 e 44 – MC, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 5.10.2016.

⁶¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE n. 964.246, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 10.11.2016.

⁶² BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, 1941. Este o teor do dispositivo: “Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva”.

⁶³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADCs ns. 43 e 44, Rel. Min. Marco Aurélio, 7.11.2019.

⁶⁴ Voto do Ministro Luís Roberto Barroso no julgamento do mérito das ADCs 43 e 44, Rel. Min. Marco Aurélio.

⁶⁵ <https://www.oas.org/pt/cidh/prensa/notas/2017/136.asp>

os pobres. Leniente com o colarinho branco e severa com os crimes de bagatela. Meninos da periferia com quantidades relativamente pequenas de drogas são os alvos preferenciais do sistema.

A justiça criminal não funciona apenas como escudo, mas também como espada dos direitos fundamentais: o princípio da proporcionalidade não proíbe somente excessos punitivos, mas também a proteção deficiente. É papel da jurisdição penal garantir a tutela efetiva dos direitos fundamentais, entre os quais se incluem os direitos de natureza difusa, aí incluído o direito de ser governado com honestidade. Para ser efetiva, essa tutela não pode se resumir a uma declaração de princípios, mas tem de ser concretizada no mundo real, na transformação de práticas arraigadas há muito tempo no Brasil e que se disseminaram, nos últimos tempos, em níveis espantosos e endêmicos. Não é possível fechar os olhos a essa realidade e deixar de contribuir, dentro dos limites da Constituição e das leis, para o seu combate.

A renovação da política criminal brasileira exige um esforço de racionalização das práticas punitivas, a cargo dos Poderes Legislativo e Executivo. Porém, cabe também ao Poder Judiciário a tarefa de tornar realidade o ideal civilizatório de um direito penal subsidiário (dedicado às práticas violadoras dos direitos mais importantes e dos valores mais essenciais da sociedade), moderado (sem exageros punitivos ou messianismo populista), republicano (igualitário e avesso à política criminal do compadrio) e eficiente (rápido, sério e previsível).⁶⁶

Algumas das ideias expostas neste texto podem ser sintetizadas nas proposições abaixo:

1. O direito penal, nas circunstâncias históricas do Brasil, deve ser moderado, sério e igualitário. Seu principal papel é o de prevenção geral, devendo contribuir para que as pessoas não pratiquem delitos pelo fundado temor de que sofrerão uma consequência negativa.

2. O direito penal é a área de atuação estatal mais sujeita a abusos. Por outro lado, o país tem uma tradição de proteção deficiente e de leniência em relação a certos tipos de criminalidade. Para dizer de forma clara: o sistema punitivo brasileiro é duríssimo com os pobres e manso com os ricos.

3. A necessária equalização do direito penal não significa estender ao andar de cima as mesmas violações de direitos fundamentais praticadas no andar de baixo⁶⁷. Pelo contrário, deve consistir em assegurar, em qualquer caso, devido processo legal e garantias da defesa. Porém, é preciso superar a crença difundida de que devido processo legal é o que não termina nunca e que garantismo é a certeza de impunidade em qualquer circunstância.

4. As duas grandes aflições da sociedade brasileira, relativamente ao sistema punitivo, são violência e corrupção. No entanto, menos da metade dos internos no sistema penitenciário estão presos por crimes violentos. E nem 1% estão presos por corrupção e outros crimes de colarinho branco. Em suma: o sistema não atende adequadamente as demandas da sociedade.

5. Em matéria penal, não existe espaço para criatividade ou ativismo judicial. Nesse domínio, reinam soberanas a reserva legal e a interpretação estrita. Muito menos há espaço para se dar atenção à voz das ruas ou ao clamor público. Direitos fundamentais, inclusive os dos acusados em processo criminal, são trunfos contra as maiorias.

⁶⁶ V. o prefácio do primeiro autor ao livro de Ademar Borges de Souza Filho: SOUZA FILHO, Ademar Borges de. *O controle de constitucionalidade de leis penais no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

⁶⁷ V. Ademar Borges de Souza Filho: SOUZA FILHO, Ademar Borges de. *O controle de constitucionalidade de leis penais no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 26.

Referências

- BERGER, Mark. American perspectives on self-incrimination and the compelled production of evidence. *The International Journal of Evidence and Proof*, v. 6, issue 4, p. 218-242, 2002.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1998.
- BRASIL. *Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. Rio de Janeiro, 1940.
- BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, 1941.
- BRASIL. *Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990*. Dispõe sobre os crimes hediondos [...]. Brasília, DF: Congresso Nacional, 1990.
- BRASIL. *Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011*. Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal. Brasília, DF: Congresso Nacional, 2011.
- CRUZ, Rogério Schietti. *Prisão cautelar: dramas, princípios e alternativas*. Salvador: JusPodium, 2022.
- DARROW-KLEINHAUS, Suzanne. The Talmudic Rule against Self-incrimination and the American Exclusionary Rule: a societal prohibition versus an affirmative individual right. *New York Law School Journal of International and Comparative Law*, v. 21, n. 2, p. 205-227, 2002.
- FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- FRANCO, Alberto Silva. *Temas de direito penal: breves anotações sobre a Lei n. 7.209/84*. São Paulo: Saraiva, 1986.
- GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- HELMHOLZ, R. H. Origins of the Privilege against Self-incrimination: the role of the european ius commune. *New York University Law Review*, v. 65, n. 4, p. 962-1566, 1990.
- KIRSCHENBAUM, Aaron. *Self-Incrimination in Jewish Law*. [S. l.]: Burning Bush Press, 1970.
- LEVINE, Samuel J. An introduction to self-incrimination in jewish law, with application to American legal system. *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, v. 28, p. 257-277, 2006.
- LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. Salvador: JusPodium, 2020.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo penal e execução penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- OLIVEIRA, Eugênio Paccelli de; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2010.
- POPULAÇÃO carcerária volta a aumentar, mas déficit de vagas diminui. *Conjur: Consultor Jurídico*, 10 jul. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jul-10/populacao-carceraria-volta-aumentar-deficit-vagas-cai>.
- ROSENBERG, Merker; ROSENBERG, Yale L. In the beginning: the Talmudic Rule against Self-Incrimination. *New York University Law Review*, v. 63, p. 955, 1988.
- SOUZA FILHO, Ademar Borges de. *O controle de constitucionalidade de leis penais no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.
- SUANNES, Adauto. *Os fundamentos éticos do devido processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- TORNAGHI, Hélio. *Curso de processo penal*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1990. v. 1.

- TOVIL, Joel. A proteção contra a auto-acusação compulsória aplicada à persecução penal. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, Brasília, v. 22, n. 111, fev./mar. 2008.
- TRAINOR, Scott A. A comparative analysis of a corporation's right against self-incrimination. *Fordham International Law Journal*, v. 18, issue 5, p. 2139-2186, 1994.
- TUCCI, Rogério L. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1993.
- TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- UNITED STATES. Supreme Court. *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436. June 13, 1966.
- WITT, John Fabian. Making the Fifth: the constitutionalization of american self-incrimination doctrine, 1791-1903. *Texas Law Review*, v. 77, issue 4, p. 825-923, mar. 1999.

Para publicar na revista Brasileira de Políticas Públicas, acesse o endereço eletrônico www.rbpp.uniceub.br
Observe as normas de publicação, para facilitar e agilizar o trabalho de edição.