

**XXVI ENCONTRO NACIONAL DO  
CONPEDI BRASÍLIA – DF**

**DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS III**

**GUILHERME SCOTTI**

**CARLOS VICTOR NASCIMENTO DOS SANTOS**

**JURACI MOURÃO LOPES FILHO**

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

#### **Diretoria – CONPEDI**

**Presidente** - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

**Vice-presidente Sudeste** - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

**Vice-presidente Nordeste** - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

**Vice-presidente Norte/Centro** - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

**Secretário Executivo** - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

**Secretário Adjunto** - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

**Representante Discente** – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

#### **Conselho Fiscal:**

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

#### **Secretarias:**

**Relações Institucionais** – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

**Educação Jurídica** – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

**Eventos** – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

**Comunicação** – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

---

D597

Direitos e garantias fundamentais III [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Carlos Victor Nascimento dos Santos; Guilherme Scotti; Juraci Mourão Lopes Filho - Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-447-1

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: Desigualdade e Desenvolvimento: O papel do Direito nas Políticas Públicas

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Cidadania. 3. Sociedade Plural.

4. Garantias. XXVI Encontro Nacional do CONPEDI (26. : 2017 : Brasília, DF).

CDU: 34



# XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA – DF

## DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS III

---

### **Apresentação**

O XXVI Encontro Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito, mais uma vez, registra enorme sucesso em sua realização. A democratização do ensino e difusão da pesquisa nas pós-graduações em Direito do país tem encontrado no CONPEDI instrumentos bastante facilitadores deste processo de ensino e aprendizagem que estimula desde cedo a vocação do estudante para a docência e a pesquisa, além do exercício prático da profissão.

Um dos exemplos de estímulo à docência e pesquisa no estudante de pós-graduação em Direito é a oportunidade de discutir com seus pares e professores-pesquisadores o seu próprio projeto de pesquisa ou pesquisa ainda em andamento. A propósito, esta última foi uma das características mais marcantes do Grupo de Trabalho “Direitos e Garantias Fundamentais III”: a discussão de pesquisas ainda em curso nos mestrados e doutorados de seus participantes. O CONPEDI não dispensa ou aconselha a submissão de trabalhos que resultem em pesquisas finalizadas, mas a postura ativa do estudante de pós-graduação em submeter as dificuldades e problemas de pesquisa que tem enfrentado em seus percursos merece admiração.

O compartilhamento de suas dúvidas e impressões incrementaram as discussões entre os que submeteram suas pesquisas e os coordenadores do GT. Os diferentes perfis dos coordenadores também contribuiu com a diversidade de abordagens por eles propostas aos que apresentaram suas pesquisas. Por exemplo, questões de cunho profissional mais prático foram destacadas quando diante de discussões que envolviam diretamente a judicialização de políticas de saúde nos Estados brasileiros, ao mesmo tempo em que questões teóricas envolvendo as moralidades dos sujeitos de pesquisa, a discussão em torno de teorias da justiça e os métodos que guiaram os estudantes e professores a apresentarem suas pesquisas foram igualmente destacados e ponderados.

O Grupo de Trabalho “Direitos e Garantias Fundamentais III” apresentou uma diversidade de temas e análises capaz de enriquecer ainda mais os debates acerca de sua teoria e ciência do objeto. Em um primeiro momento foi possível perceber o esforço de pesquisadores em criar ou discutir teorias que melhor contribuíssem à compreensão dos direitos e garantias fundamentais constantes implícita ou explicitamente no texto constitucional. Neste sentido, destacamos o movimento bastante claro, a partir das pesquisas apresentadas, por uma

mobilização de saberes capazes de facilitar a compreensão acerca de diferentes processos existentes de implementação e defesa de políticas públicas.

Um segundo grupo de trabalhos dedicou estudos e pesquisas à compreensão de como o processo acima descrito se desenvolve no interior de instituições judiciais, destacando atuações ora singularizadas ou coletivas, dos profissionais ocupantes dos cargos responsáveis por buscar a implementação e defesa das referidas políticas públicas garantidoras de direitos fundamentais. Por fim, o último grupo se dedicou a demonstrar diferentes caminhos para se analisar tais questões a partir da variedade de técnicas e métodos de pesquisa, privilegiando-se o indutivo, dedutivo, a pesquisa bibliográfica, documental e quantitativa.

Uma característica comum a muitos dos trabalhos nos parece bastante reveladora da atualidade e pertinência dos debates no CONPEDI: a preocupação com a garantia e efetivação de direitos sociais previstos na Constituição de 1988, especialmente diante do atual quadro de crise política generalizada e de constante ameaça a direitos conquistados por que passa o país. É animador perceber que a academia jurídica está atenta aos desafios sociais e políticos concretos do presente, sem prejuízo de que o tratamento de tais temas práticos prementes seja feito com o rigor teórico e metodológico que a área do Direito tem conquistado nas últimas décadas.

Todas as questões acima mencionadas poderão ser notadas nos trabalhos adiante expostos. Convidamos o leitor a uma leitura bastante provocativa que, ao associar a teoria dos direitos fundamentais e da Constituição com técnicas e métodos da pesquisa jurídica, ampliam e tornam ainda mais acessível o debate sobre a defesa e implementação de políticas públicas a partir de discussões sobre os direitos e garantias fundamentais. Esse especial modo de produção do conhecimento, que prioriza a análise não apenas das instituições, mas também de seus atores, é o que permite uma aproximação maior do Direito com a população.

Prof. Dr. Carlos Victor Nascimento dos Santos - PUC-Rio e Universidade Projeção

Prof. Dr. Guilherme Scotti - Universidade de Brasília

Prof. Dr. Juraci Mourão - Centro Universitário Christus

## **DIREITO CONTRA A AUTOINCRIMINAÇÃO E LIMITES PROBATÓRIOS NO PROCESSO PENAL**

### **RIGHT AGAINST SELF-INCRIMINATION AND PROBATORY'S LIMITS IN THE CRIMINAL PROCESS**

**José Wilson Ferreira Lima <sup>1</sup>**

#### **Resumo**

O objetivo do artigo é determinar se os mecanismos constitucionais de proteção e defesa de direitos e garantias fundamentais, consagrados na Constituição de 1998, se revelam suficientes e adequados à proteção do indivíduo submetido a algum procedimento persecutório, policial ou judicial. Metodologicamente, explora o emprego da “Colaboração Premiada” como meio de prova em face dos limites probatórios no Processo Penal.

**Palavras-chave:** 1 processo penal, 2 limites probatórios, 3 colaboração premiada, 4 prova ilícita, 5 auto incriminação, 6 direitos fundamentais

#### **Abstract/Resumen/Résumé**

The purpose of this article is to determine if the constitutional mechanisms for the protection and defense of the fundamental rights, enshrined in Constitution of 1988, are sufficient and adequate to protect the individual subject to any persecutory procedure, police or judicial. Methodologically, it explores the use of the "Award-winning Collaboration" as a means of proof in the face of probatory limits in the Criminal Process.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** 1 criminal process, 2 probatory limits, 3 award-winning collaboration, 4 illegally obtained proof, 5 self-incrimination, 6. fundamental rights

---

<sup>1</sup> Doutorando em Direito. Mestre em Direito Constitucional.

## 1 Introdução

A edificação do Estado moderno sobre as bases do Estado de Direito talvez tenha sido a mais importante conquista da humanidade nos tempos atuais, na medida em que esse modelo de organização estatal e social permite a todos conhecerem, antecipadamente, a regras de convivência e de relacionamento mútuos, tanto no vínculo formado entre a sociedade civil e o indivíduo como no existente entre estes e o Estado. De fato, somente numa ordem estatal regrada por uma Constituição democraticamente estabelecida é possível conhecer as normas básicas da relação recíproca e dinâmica entre direitos e deveres, onde os limites são objetiva e claramente expostos. Isso decorre, não obstante, da assimilação e da conseqüente influência do paradigma do constitucionalismo, cuja principal característica se projeta com a positivação de direitos essenciais reconhecidos em favor da pessoa humana, definidos como direitos fundamentais.

O presente estudo tem por objetivo analisar, à luz dos direitos e das garantias fundamentais consagrados na Constituição Federal (CF) de 1988, os limites probatórios no processo penal brasileiro, considerados em face do princípio que garante ao indivíduo submetido a qualquer procedimento persecutório, na condição de suspeito, investigado ou réu, o direito de não ser obrigado a produzir provas contra si mesmo. Essa abordagem, entretanto, será referenciada diante da atual conjuntura revelada pela “Operação Lava Jato”, na qual inúmeras situações levaram os respectivos investigados a aderirem a acordos de “delação premiada”.

O estudo situa os direitos dos investigados na categoria de direitos fundamentais e, sob esse ponto de vista, avaliará sistematicamente se o processo penal brasileiro, concretamente considerado, tem procurado dar efetividade à garantia do indivíduo contra a autoincriminação. Nesse contexto, trata-se de estudo orientado na perspectiva da efetividade quanto ao respeito dos limites probatórios no processo penal, sendo este, portanto, o tema central. Assim, por se tratar de pesquisa em torno de direitos e garantias, o problema a ser enfrentado será o de determinar se os mecanismos constitucionais de proteção e defesa desses direitos e garantias fundamentais, consagrados na CF de 1998, se revelam suficientes e adequados à proteção do indivíduo submetido a algum procedimento persecutório, policial ou judicial.

Esta é uma pesquisa referenciada, na medida em que se aproveita do atual cenário de diligências, investigações, prisões e delações empreendidas pela “Operação Lava Jato”, que tem sido considerada rica fonte de conhecimento sobre desvios e corrupções envolvendo o

mais alto escalão de autoridades políticas e agentes de setor privado no Brasil, os quais passaram a questionar judicialmente a validade de algumas medidas legais, em especial da chamada “delação premiada”, algo que não se via até antes da deflagração da referida operação. Desse modo, justifica-se a realização deste estudo não em razão da “Operação Lava Jato”, mas sim devido aos desdobramentos que ela produziu no ambiente do modelo probatório adotado pelo processo penal brasileiro, cotejado segundo os limites impostos pela CF de 1988. Trata-se, portanto, de reconhecimento quanto à existência e à adequação dos meios processuais penais atualmente disponíveis para garantir a efetividade do direito contra a autoincriminação. Aliado a isso, o estudo será orientado metodologicamente por seu caráter estritamente objetivo e impessoal, uma vez que não se dirige nem se refere a nenhum delator, colaborador, investigado ou réu específico que tenha figurado na “Operação Lava Jato” ou em qualquer outro procedimento de natureza investigativa, de modo que a referência a essa operação ocorrerá de forma genérica, assumindo-a apenas como fonte de referência da pesquisa. Ao lado desse recorte metodológico, o estudo também se valerá dos conhecimentos doutrinários e jurisprudenciais mais recentes que envolvem esse tema.

## **2 A Produção da Prova no Processo Penal: Limitações**

Certamente, a CF de 1988 com todo o seu aparato de normas definidoras de direitos e garantias, no vasto campo dos direitos fundamentais, reveste-se de natureza ambivalente ao estabelecer limites para a atuação do Estado na seara da persecução penal. Essa perspectiva de abordagem é facilmente identificável diante do estabelecimento do Estado de Direito como elemento definidor do Estado brasileiro, o que se pode traduzir, logicamente, numa opção autolimitadora das ações estatais, que devem ser coordenadas para o cumprimento de suas funções de modo controlável. Por assim dizer, o Estado Constitucional de Direito é ambivalente, na medida em que fixa direitos e deveres para os indivíduos, munindo-os de meios teoricamente seguros para exercê-los, especialmente quando estiverem envolvidos em atividades persecutórias, na qualidade de suspeitos, investigados ou réus, ao mesmo tempo em que também define as condições de atuação do Estado, a fim de que este sempre realize suas funções de forma otimizada e eficiente, buscando atingir os fins que lhes são próprios. Ademais, os direitos fundamentais atuam de forma restritiva à própria soberania do Estado, de onde se originaram, assumindo-se, por exemplo, que as garantias estabelecidas para esses direitos revelam-se como limitações impostas ao poder estatal em benefício dos direitos

tutelados, atuando com a finalidade de impedir a excessiva atividade política do Estado (MENDONÇA, 2004, p. 17).

Por conseguinte, como primeiro exemplo, tem-se o direito que afirma que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei (art. 5º, II, CF), o qual somente pode ser considerado em sua natureza como um valor essencial para o indivíduo se o ambiente de sua abordagem for o do Estado de Direito. Essa constatação aplica-se, igualmente, aos demais direitos e garantias individuais de que trata o art. 5º da CF de 1988, ao lado dos quais há outra importante expressão desse Estado, que afirma que ninguém será privado da liberdade e de seus bens sem o devido processo legal (art. 5º, LIV, CF). Nesse contexto, é importante ter em consideração que as normas destacadas são exemplos do desdobramento da cláusula geral do Estado de Direito, uma vez que ao imporem restrições, operam o efeito de ampliarem as garantias individuais. Nessa óptica, inúmeras outras normas de envergadura constitucional produzem o mesmo efeito. Todavia, há outra norma que se destaca e convida para a reflexão, especialmente porque proclama que são inadmissíveis no processo as provas obtidas por meios ilícitos, aqui entendidas aquelas que porventura tenham sido foram produzidas com violação a normas e princípios do direito material, notadamente do direito constitucional. Por conseguinte, as provas ilícitas prendem-se “sempre” à questão das “liberdades públicas”, fontes que asseguram direitos e garantias como aqueles diretamente associados à intimidade, à liberdade, à dignidade, entre outros (AVOLIO, 2003, p. 43).

Percebe-se, então, que essa norma redundante em vedar que o processo penal se desenvolva recepcionando provas produzidas sem o cumprimento das exigências legais e que, portanto, sejam qualificadas como inadmissíveis, não propriamente por integrarem o corpo físico do processo, mas porque sendo provas ilícitas, desde sua origem ou por derivação, sirvam de fundamento para a prolação de um juízo final valorativo de culpa ou de não-culpa. Explica-se: a prova ilícita não se presta para formar o juízo de convencimento de culpa, visto que levaria à condenação “inconstitucional” do réu, como também não se presta à absolvição deste, hipótese em que o prejuízo resultante se refletiria em desfavor da coletividade. É nesse contexto que se tem afirmado que a prova ilícita afigura-se proibida e inadmissível na seara da atividade probatória estatal, na medida em que isso opera na defesa da sociedade e na busca pela punição de infratores, assim como na defesa de direitos fundamentais eventualmente atingidos com a obtenção da prova (MENDONÇA, 2004, p. 45). Além disso, é inconcebível a busca incontrolada e desmedida da prova, que possa violar desnecessária, desmedida e



desproporcionalmente direitos fundamentais do investigado ou do réu, ofendendo, no mais, o direito que lhe assiste a que as eventuais provas contra si tenham sido produzidas por meios lícitos (FERNANDES, 2007, p. 90). Desse modo, reunidas todas essas considerações, pode-se afirmar que a combinação direta do postulado do Estado de Direito com normas como a que veda a admissibilidade de provas obtidas por meios ilícitos, conduz à consubstanciação de importante diretriz diretamente consequente, que é justamente a que estabelece limites à produção da prova no processo penal, lembrando-se que esses limites se qualificam como a “fonte de surgimento das chamadas proibições probatórias” (VALLE FILHO, 2004, p. 40).

Feitas estas primeiras notas preparatórias, impõe-se dar mais um passo, que consistirá na exploração e na avaliação de como os limites constitucionais à produção de provas no processo penal dialogam: *i*) com o princípio geral de que o investigado ou réu não pode ser compelido ou constrangido a agir para produzir provas contra si; *ii*) com a técnica probatória ancorada nos regimes de delação ou colaboração limitada a crimes específicos, e *iii*) com o processo penal ordinariamente desenvolvido para a apuração de crimes comuns.

### **3 Direito Contra a Autoincriminação**

A formação e o desenvolvimento de um processo penal, seja qual for a natureza e a gravidade da infração penal, é sempre expressão da força do Estado que, no caso brasileiro, é representado pelo Estado de Direito. Devido a isso, há muito se formava um sentimento em evolução no seio da doutrina nacional, que buscava extrair do contexto de cláusulas como a da ampla defesa e a da presunção de inocência um princípio consequente de que o suspeito não poderia ser obrigado, compelido ou constrangido a produzir provas contra si mesmo (FERNANDES, 2007, p. 303). Em razão disso, buscando concretizar essa perspectiva, o Estado brasileiro ratificou a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (*Pacto de San Jose da Costa Rica*), no ano de 1992, oportunidade em que o referido princípio foi incorporado ao ordenamento jurídico, figurando com a redação de que “toda pessoa tem direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada” (BRASIL, 1992). Frise-se, em atenção ao campo de abrangência desse princípio, que mais tarde a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) sedimentou que o referido aplica-se ao indivíduo, qualquer que seja sua qualificação diante do procedimento persecutório (BRASIL, 2000a, p. 196). Devido a isso, aplicar as garantias processuais em face do investigado ou do réu, em quaisquer das fases dos procedimentos persecutórios, significa tornar concretas as garantias constitucionais e legais criadas e dimensionadas pelo Estado de Direito. É dizer, a só

condição de alguém tornar-se investigado ou réu, qualquer que seja o procedimento persecutório adotado, implica tornar-se destinatário das correspondentes garantias instituídas pelo regime, de modo que todos esses direitos e garantias, considerados desde a perspectiva da prova, vinculam-se direta e imediatamente ao reconhecimento de um estado de inocência (que é presumido), assim como aos direitos de permanecer em silêncio, de não depor contra si mesmo e de conhecer as provas da acusação já produzidas (DEU, 2014, p. 29).

Alinhando-se com o programa constitucional que estabeleceu o Estado de Direito, o exemplo da presunção de inocência associa-se à constatação de uma visão cultural do processo, o qual opera diretamente sobre o *status* do investigado ou do réu, traduzindo a forma como ele deve ser tratado, isto é, não como objeto de processo, mas como sujeito de direitos no contexto da relação processual (CHOUKR, 1999, p. 27). Direitos como esse, que buscam estabelecer padrões mínimos de proteção ao réu, no curso do processo penal, provêm de uma matriz pragmática de fácil compreensão: não fossem os direitos e as garantias de intangibilidade do réu, não haveria como impedir, por exemplo, a produção maciça e regular de provas ilícitas, na perspectiva de que se o réu com o seu comportamento gerou ofensas graves a bens jurídicos protegidos, então uma sentença que o condenasse não poderia ser tomada como injusta, admitindo-se, portanto, que os fins justificariam os meios. Dito de outro modo, sobre a ilicitude probatória se poderia questionar se para a obtenção de uma sentença tendencialmente justa valeria tudo, ou seja, se não haveria limites fáticos e/ou jurídicos que não pudessem ser transpostos (DEU, 2014, p. 27). Nessa discussão, afirma-se que em relação ao Estado, os fins não justificam os meios, de maneira que não há nada que autorize o agir estatal, na busca pela verdade no processo, a um custo alto e em prejuízo da dignidade humana (MADEIRA, 2003, p. 41). À luz desse questionamento, é já o respondendo, o Estado de Direito ocupou-se de estabelecer balizas quanto ao emprego de provas consideradas ilícitas e, nessa medida, fixou que o depoimento do investigado ou do réu, como exercício de seu direito de defesa, não pode ser imposto, de modo que ninguém será obrigado a depor contra si mesmo (BINDER, 2003, p. 135). Concordando com esse postulado geral, disciplina da prova no processo penal, a CF de 1988 assegura que o preso tem o direito de permanecer calado, ao passo que o Código de Processo Penal (CPP), nessa mesma linha, assegura ao réu que ao ser interrogado, deverá ser informado desse direito, bem como no de não responder às perguntas que lhe forem formuladas, do que decorre que o seu silêncio não poderá ser interpretado como confissão ou em prejuízo de sua defesa (BRASIL, 1941).

Conseqüentemente, pode-se afirmar, em caráter mais abrangente, que o investigado ou o réu não tem o dever de declarar a verdade sobre os fatos em apuração, cabendo a ele, unicamente, o poder de decidir sobre o que declarar e o que não declarar (BINDER, 2003, p. 135), entendimento que se encontra reforçado em sede jurisprudencial, especialmente firmado pelo STF no HC n. 119.941 - DF: “[...] Significa dizer que o convocado decide sobre o que há de responder ou não sobre o conteúdo do que lhe seja perguntado” (BRASIL, 2014a, p. 17). Disso resulta, que compete ao órgão acusador, no curso do processo penal, buscar diligentemente as provas dos fatos quanto à imputação atribuída ao réu, sem cobrar ou provocar a colaboração deste nem sua confissão (BINDER, 2003, p. 138). Certo que o processo penal é essência, reflexo e manifestação do Estado de Direito, esse tipo de prerrogativa constitucional deferida em favor de investigados e de réus tem o propósito de fortalecer suas defesas e, paralelamente a isso, assegurar que o uso indiscriminado e sistemático da confissão converta-se em um dos objetivos do processo penal (BINDER, 2003, p. 138). Além disso, trata-se de garantia que se irradia num vasto campo de aplicações, não se sujeitando a limitações espaciais ou mesmo procedimentais, uma vez que se “estende a qualquer indagação por autoridade pública de cuja resposta possam advir subsídios à imputação ao declarante da prática de crime” (BRASIL, 2000b, p. 197-198).

Verdadeiramente, o processo penal em matéria probatória não pode se resumir na busca pela confissão, assim como não pode empregar meios violentos, ou perguntas capciosas ou sugestivas, como estratégia para simplificar a obtenção de provas (BINDER, 2003, p. 136), reconhecendo-se, no mais, que o processo nunca poderá ser tomado como instrumento para a obtenção completa das informações, as quais possam justificar a decisão sobre fatos que vão além de simples “caráter aproximativo” (FERRER BELTRÁN, 2007, p. 23). Ao lado dessa realidade, o processo penal orientado pelo Estado de Direito é aquele no qual compete a quem sustenta uma acusação o ônus de produzir as correspondentes provas em nível de qualidade e de legalidade e que possam ser eficientes na promoção do convencimento do julgador a respeito de fato em tese criminoso e de sua autoria (FERRER BELTRÁN, 2007, p. 144).

A organicidade da prova, que compreende objetos como documentos, laudos, corpos físicos e declarações, empregáveis para a constatação de fatos, são denominados “meios de provas”. Todavia, como há restrições constitucionais quanto a alguns meios probatórios, fala-se, por conseguinte, de provas ilícitas, as quais representam limites para a averiguação da verdade no processo penal (GÖSSEL, 2007, p. 170-171), podendo-se falar em limitações

quanto às investigações, segundo os meios empregados. Assim, como corolário dessa perspectiva ou técnica processual, sobressai o entendimento de que a autoincriminação afeta a dignidade humana, cuja declaração venha a ser empregada contra o próprio declarante (GÖSSEL, 2007, p. 205).

Abrindo uma rápida discussão no tocante às limitações ordinariamente impostas contra a admissibilidade de provas ilícitas, identificam-se realidades distintas, fundadas em tradições igualmente distintas, mas que buscam justificar a regra da exclusão dessa espécie de prova, apoiando-se na perspectiva de que o Estado de Direito caracteriza-se pela funcionalização de todo o aparelhamento dos poderes públicos, que devem ser colocados a serviço da garantia dos direitos fundamentais (ESTRAMPES, 2010, p. 135). Nesse contexto, o sistema anglo-saxônico perfila-se na tendência de “regular os meios de prova e sua obtenção”, enquanto o sistema europeu-continental alinha-se mais centradamente de modo a dispor sobre os meios de aquisição de fontes de provas, incluindo-se a previsão de nulidade (DEU, 2011, p. 21). No ambiente do sistema norte-americano – *adversarial system* –, a doutrina sobre a *exclusionary rule* converge para a contenção de possíveis abusos passíveis de serem produzidos contra os direitos, em razão da persecução de fatos criminosos por parte de agentes públicos (DEU, 2011, p. 22). Em outras palavras, por razões pragmáticas, o sistema estadunidense da *exclusionary rule* é uma proposta que visa a evitar, por exemplo, a adoção de condutas policiais ilícitas na obtenção de provas – *deterrence of police’s misconduct* (ESTRAMPES, 2010, p. 134).

Todos esses fatores e entendimentos conjuntamente analisados permitem afirmar que o direito contra a autoincriminação é mais uma expressão ou categoria de direito fundamental, especialmente dirigida para salvaguardar os interesses legítimos do indivíduo, enquanto detentor de garantias especiais contra possíveis constrangimentos impostos pelo Estado, que tenham a potencialidade de atingir sua liberdade, mas também assume o papel de qualificar o processo penal como um instrumento democrático e moderno, diferente de modelos arcaicos e medievais, quando a prova era essencialmente produzida em razão de sofrimentos indescritíveis a que o sujeito era submetido, inclusive – quase sempre – em nome de Deus. Enfatiza-se, nesse sentido, que o referido direito converge em favor da materialização de uma das expressões da dignidade humana (BRASIL, 2014b, p. 6). Conseqüentemente, diante da importância que esse direito representa na atualidade, o STF reafirmou sua essencialidade em diversas oportunidades, para a realização democrática do processo penal, conforme

anteriormente destacado. Em síntese, o direito contra a autoincriminação pode ser traduzido como direito introduzido no ordenamento jurídico brasileiro por intermédio da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e posteriormente inserido indiretamente no catálogo de direitos e garantias fundamentais individuais da CF de 1988, com a técnica da combinação de princípios, tratando-se, portanto, de direito essencial que converge para a realização da dignidade humana, juntamente com os princípios da legalidade, do devido processo legal, da vedação de provas obtidas por meios ilícitos, do direito ao silêncio, entre outros.

#### **4 Delação Premiada e Provas Ilícitas**

Neste tópico, uma vez que já foram definidas as condições próprias do direito contra a autoincriminação no contexto do positivismo constitucional, que marca o ordenamento jurídico brasileiro, pretende-se, seguidamente, desenvolver um raciocínio mais pragmático acerca do uso dessa categoria jurídica pelo indivíduo, considerando ainda as reais necessidades de defesa frente ao aparato persecutório do Estado. Para tanto, é oportuno conferir que uma vez finalizado o julgamento da Ação Penal n. 470 pelo STF, verificou-se que as sanções aplicadas aos respectivos réus tiveram intensidades distintas, segundo eles pertencessem a grupos diferentes. A rigor, esses réus integraram dois grandes grupos denominados de “núcleo político” e de “núcleo financeiro”, de modo que as reprimendas mais graves foram atribuídas aos integrantes do segundo grupo. Quanto aos integrantes do “núcleo político”, temerosos de sofrerem os mesmos gravames punitivos que foram impostos aos integrantes do “núcleo financeiro”, sucedeu que eles resolveram colaborar com as investigações nos termos legalmente definidos, mediante o uso do instituto jurídico popularmente denominado de “delação premiada” e, com isso, revelaram esquemas fraudulentos que estavam sendo operados com desvios de vultosos recursos públicos (FETAL, 2014, p. 1-3). Sequencialmente, a partir da revelação desses fatos no bojo da Ação Penal n. 470, iniciou-se uma nova e importante operação, que ficou conhecida como “Operação Lava Jato”, na qual vasta gama de investigações expôs ainda mais o nível de corrupção do “núcleo político” brasileiro em associação com indivíduos e com corporações privadas. Em decorrência disso, intensificou-se o uso da “delação premiada”, o que gerou reflexamente a insurgência de parcela da classe política contra esse instituto jurídico, mediante questionamentos judiciais. Contudo, até antes da eclosão desses fatos e das respectivas investigações, nenhuma autoridade do setor público, em especial agentes políticos, abriu

qualquer questionamento sobre a “delação premiada”. Tratava-se de tema até então pouco conhecido, o qual sequer era explorado pelos meios midiáticos.

Para se ter breve esclarecimento sobre os aspectos mais relevantes sobre a “delação premiada”, do ponto de vista normativo, tem-se que a referida é um instrumento assimilado e institucionalizado no ordenamento jurídico brasileiro por intermédio da Lei n. 9.034/1995, sendo tecnicamente denominada de “colaboração espontânea”, e com incidência, exclusivamente, em relação aos crimes praticados em organizações criminosas, aos quais corresponderiam às ações praticadas por quadrilhas, bandos, organizações ou associações criminosas de qualquer tipo (BRASIL, 1995). Nos termos dessa lei, o agente que tivesse colaborado espontaneamente para o esclarecimento de infrações penais e sua autoria poderia ter sua pena reduzida de um a dois terços. Algum tempo mais tarde, foi editada a Lei n. 9.613/1998, a qual dispôs sobre os crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores, a qual igualmente regulamentou o uso da “delação premiada”. De acordo com a nova lei, autores, coautores e partícipes envolvidos com práticas consistentes na ocultação ou dissimulação quanto à natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de crimes como os de tráfico ilícito de entorpecentes ou drogas afins, terrorismo, contrabando ou tráfico de armas, extorsão mediante sequestro, contra a Administração Pública, o Sistema Financeiro Nacional, ou praticados por organização criminosa, que colaborarem espontaneamente com as autoridades, prestando-lhes esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais, à identificação dos demais envolvidos, ou à localização de bens, direitos ou valores objetos desses crimes, poderão ser beneficiados com a redução da pena de um a dois terços, com a possibilidade de cumprimento das penas nos regimes aberto ou semiaberto e de ter as penas privativas de liberdades substituídas por penas restritivas de direitos (BRASIL, 1998).

Tempos depois, com o advento da Lei n. 12.683/2012, o benefício da colaboração premiada foi mantido. Entretanto, atualmente não mais se exige que a atividade de “lavagem” ou de ocultação de bens, direitos e valores esteja associada a quaisquer dos crimes anteriormente mencionados, sendo suficiente que a conduta penalmente relevante se amolde aos termos do art. 1º, *caput*, ou de seus §§ 1º e 2º, admitidas a forma tentada (§ 3º) ou qualificada (§ 4º) (BRASIL, 2012). Na sequência, sobreveio a Lei n. 12.850/2013, que passou a definir organização criminosa e revogou, por inteiro, a de n. 9.034/1995. Com essa nova lei foi mantido o instituto da colaboração, o qual se tornou mais sofisticado, tendo sido a

*colaboração premiada expressamente qualificada como meio de obtenção de prova* (art. 3º, D). Nesse novo regime, se o colaborador agir de forma efetiva e voluntária com a investigação “e” com o processo penal, de modo que dessa sua conduta seja possível a identificação dos demais coautores e partícipes da organização e das respectivas infrações por eles praticadas, a revelação da estrutura hierárquica e a divisão de tarefas, a prevenção de infrações penais decorrentes da organização, a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações e a localização de eventuais vítimas com sua integridade física preservada, ele poderá ser beneficiado com a redução da pena privativa de liberdade até o limite de dois terços, obter o perdão judicial ou a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direito. Nessa nova configuração da “colaboração premiada” deverão ser consideradas as circunstâncias relativas com a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso, assim como sua efetiva colaboração (BRASIL, 2013).

Essa incursão na seara normativa que trata sobre a “delação premiada” – colaboração espontânea ou efetiva – presta-se para estabelecer um vínculo entre a técnica político-operacional do direito punitivo com o princípio que assegura ao indivíduo o direito de não produzir provas contra si mesmo no processo penal. Seguramente, o processo penal para ser qualificado como democrático deve ser impessoal, uniforme e sistemático, de maneira a guardar coerência com a disciplina que o submete ao regime do Estado de Direito. O que se quer dizer com isso é que embora haja todo um rigor doutrinário e jurisprudencial em torno da garantia contra a autoincriminação, conforme destacado anteriormente, as citadas leis que dispõem sobre organização criminosa (Lei n. 12.850/2013) e os crimes de “lavagem” e de ocultação de bens, direitos e valores (Lei n. 9.613/1998) romperam com todo esse rigor, transmutando a natureza do princípio que consubstancia direito fundamental do indivíduo, quando submetido a procedimentos persecutórios, em simples mecanismo de acordos, que pode por isso se sujeitar e ser objeto de negociação, e ainda de modo a abrandar as penas do delator na troca por benefícios processuais como a redução das penas, ou a substituição destas, ou até a concessão do perdão judicial, em alguns casos.

Obviamente, reconhecendo que ao Estado é vedado torturar seus investigados para deles obter confissões, ou ameaçá-los com prisões ilegais, ou com promessas de invasões domiciliares (residências ou estabelecimentos), onde quase sempre “coincidentemente” são encontradas substâncias ou objetos de posse ou guarda proibida, ou mediante a realização de

escutas telefônicas clandestinas, entende-se que a negociação de penas, de seus regimes de execução, de possíveis substituições e até a concessão do perdão judicial podem ser medidas mais eficazes para a composição de provas lícitas quanto aos demais coautores ou partícipes em infrações penais especialmente selecionadas. Nesse aspecto, o Estado, por intermédio dos órgãos responsáveis pela condução da persecução penal, criou a possibilidade de empregar o meio persuasivo que ficou conhecido como “delação premiada”, como forma de produzir as provas necessárias para as investigações e posteriores ações penais. A “delação”, em tais casos, tem esse perceptível viés sedutor e persuasivo, e também se afirma democrática, na medida em que não obriga a delação, ao menos teoricamente.

Diz-se que a delação é um instituto sistemático evidentemente porque é regrado por um procedimento legal, constitutiva de direitos e deveres, além de possuir uma ritualística própria. Também se afirma ser impessoal, embora direcionado, porque visa a obter a colaboração não porque há alguém, investigado ou réu, que pretenda receber os benefícios decorrentes, mas porque se busca na delação, qualquer que seja o investigado ou réu, quem tenha conhecimento suficiente e possa colaborar de forma efetiva para o esclarecimento de fatos em tese criminosos e da respectiva autoria, para a recuperação de ativos financeiros, para a localização de eventuais vítimas com a integridade física preservada etc. Ou seja, no campo de incidência da “delação” esta há de ser adequada e deve atender aos fins definidos em lei, de maneira que tenha a condição efetiva de provar materialidade, autoria e circunstâncias, além de viabilizar concretamente o desfazimento total ou parcial das consequências negativas produzidas pelas infrações penais.

Sendo a “delação” um ato de colaboração espontânea e voluntária do investigado, que passa a assumir posição ativa no esquema de produção de provas, pode-se estabelecer as seguintes variantes que esse instituto assume em relação às provas ilícitas, pois comparativamente: *i*) na “delação” o investigado assume postura ativa, passa a ser um colaborador e contribui para a produção das provas requeridas para o subseqüente processo penal; *ii*) na prova ilícita o investigado ou não tem conhecimento quanto à produção da prova, ou, quando tem, ele é o próprio objeto de produção dessa prova, especialmente nos casos em que é torturado para confessar, ou ameaçado para delatar terceiros, ou obrigado a produzir outras provas que o incriminem, hipóteses em que não é tratado como sujeito de direito processual, mas apenas como objeto passivo da persecução; *iii*) na “delação” o investigado tem conhecimento que a sua colaboração levará, inexoravelmente, à sua condenação, mas que



igualmente receberá uma reprimenda mais branda que a dos demais envolvidos não colaboradores, podendo em algumas situações ser beneficiado com a extinção da punibilidade; *iv*) na produção de provas ilícitas o investigado é por vezes ameaçado/constrangido a colaborar, confessando ou produzindo provas em seu prejuízo, hipótese que seu *status* de liberdade é confrontado e sua vontade viciada; *v*) enquanto na “delação” o aparelho persecutório estatal como um todo (Polícia, Ministério Público e Poder Judiciário) dá créditos às delações prestadas em razão de seus conteúdos, na produção de provas ilícitas o próprio sistema, quase sempre, hostiliza e desacredita o investigado; *vi*) se na “delação” o investigado colabora de forma espontânea ou voluntária, na prova ilícita há casos em que ele é forçado física e/ou moralmente a “colaborar”.

Em outras palavras, pode-se sintetizar, nos termos muitíssimos apropriados sobre o “alcance e conteúdo da prerrogativa constitucional contra a autoincriminação”, do qual cuidou o HC n. 99.289 RS – STF, que o Estado não pode constranger ninguém a produzir prova contra si próprio (BRASIL, 2011, p. 76). Diante de todos esses fundamentos, é crucial realizar uma breve incursão na seara dos crimes comuns, para os quais não há previsão de aplicação da “delação premiada”, a fim de analisar a condição processual em que se encontram inseridos investigados e réus, em face das limitações probatórias, segundo uma perspectiva didática e pragmática.

## **5 Delação Premiada e Infrações Penais Comuns**

No ordenamento jurídico brasileiro existe um lado pouco conhecido da “delação premiada”. Trata-se, verdadeiramente, de um conjunto de normas em pleno vigor que contêm dispositivos semelhantes, muito próximos da noção difusa de delação que, atualmente, encontra-se circunstancialmente vinculada aos fatos que compõem objetos de apuração da “Operação Lava Jato”. Essas normas foram criadas para servirem ou favorecerem à composição de provas numa vasta área de atuação do Estado, em que também são desenvolvidas atividades persecutórias. Devido a isso, com maior ou menor intensidade, essas outras formas de colaboração articulam-se em meio a mecanismos específicos de agilização de procedimentos probatórios que, em última análise, se orientam no sentido de racionalizar e concretizar o exercício da pretensão punitiva estatal.

Partindo desse ponto de vista, neste último tópico serão destacados alguns aspectos referentes a outras legislações que igualmente prevêem a possibilidade de acordos de delação para, ao final, contrastar essa técnica persuasiva da produção probatória em face de crimes

comuns, frente aos quais têm cabimento unicamente o instituto da confissão: *i*) os crimes contra o Sistema Financeiro Nacional (Lei n. 7.492/1986); *ii*) os crimes hediondos (Lei n. 8.072/1990); *iii*) os crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo (Lei n. 8.137/1990); *iv*) o programa de proteção a vítimas e testemunhas (Lei n. 9.807/1999); *v*) o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (Lei n. 11.343/2006), e *vi*) o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (Lei n. 12.529/2011). A referência a essas leis especiais tem o propósito de ilustrar, de forma mais didática, como o ordenamento jurídico brasileiro se estruturou, do ponto de vista instrumental e procedimental, para agilizar e facilitar a produção de provas no curso de investigações e de processos criminais, tendo como peculiar característica a formatação de um modelo probatório que se viabilize a partir da adesão do próprio investigado ou réu. Devido a isso, tem-se, por um lado, que indiciados, investigados ou réus poderão se favorecer com o abrandamento das consequências reais do poder punitivo estatal, em níveis policial, judicial e até mesmo administrativo, se, voluntária, espontânea e eficientemente, aquiescerem em colaborar com as autoridades, fornecendo-lhes subsídios que sejam determinantes, por exemplo, quanto à estruturação de organizações criminosas, seus componentes, suas atividades, divisões de tarefas, resgates de pessoas, recuperações de ativos, elucidação de pontos obscuros de fatos ou de operações suspeitas etc. Por outro lado, em tais hipóteses, o Estado abre mão de exercer na plenitude seu poder punitivo, oferecendo aos delatores vantagens reais, especialmente quanto à possibilidade de extinção genérica da punibilidade, ou específica mediante perdão judicial, redução das penas privativas de liberdade, ou a substituição destas por penas restritivas de direitos, inclusão em programas de proteção, suspensão da prescrição e até o impedimento ao oferecimento de denúncia.

Percebe-se, então, que a figura da “delação premiada”, tomada numa acepção mais genérica, assume sempre o mesmo sentido, embora às vezes seja tratada de formas distintas, como “colaboração”, “confissão espontânea”, “denúncia” ou “acordo de leniência”. Nesse contexto, importa considerar em quaisquer dos casos que têm cabimento a “delação premiada”, introduzida na legislação brasileira a partir do modelo anglo-saxão de “justiça negociada”, que ela tem a finalidade de servir como meio de prova (BRASIL, 2008, p. 762), ao que se pode dizer unicamente tratar-se de um instrumento adequado para se chegar mais rapidamente, com mais eficiência e eficácia, à apuração de delitos (BRASIL, 2008, p. 768). Desse modo, com a configuração que lhe foi dada, para que tenha um desempenho instrumental, não se pode negar sua dupla característica, que lhe confere ao mesmo tempo a

qualidade de *i*) instrumento de política criminal engendrado para a produção de provas e de *ii*) modalidade de prova que serve de suporte a um programa político de enfrentamento da criminalidade. A sutileza dessas características pode ser mais claramente compreendida se for considerada a relação com os crimes comuns para os quais não há previsão de delação, uma vez que para estes resta apenas a aplicação, quando cabível, do instituto da confissão, que apenas beneficia o réu com uma modesta atenuação da pena privativa de liberdade – Art. 65 São circunstâncias que sempre atenuam a pena: III - Ter o agente: d) confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime (BRASIL, 1940) –, a qual não poderá conduzir a pena aquém de seu mínimo legal – Súmula n. 231: A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal (BRASIL, 1999, p. 301). Assim, conforme se pode concluir, para crimes comuns essa forma específica de política criminal não tem aplicação.

Rigorosamente, a adoção da “delação premiada” visa a respaldar um modelo de justiça consensual, que encontra fundamento em dois fatores que se correlacionam, se complementam e se mantêm indissociáveis: *i*) há, por um lado, dificuldades várias de se compor um acervo probatório minimamente forte em torno de crimes mais elaborados, que envolvam várias pessoas associadas em regimes de coautoria e/ou de participação, mediante ajustes e planejamentos estratégicos (de atuação) e que, invariavelmente, estão escudadas por poderes e privilégios muito particulares, como os que são atribuídos a agentes políticos e servidores públicos, como também a pessoas e corporações do setor privado, que têm em comum o poder econômico. Assim, devido a essa fórmula que combina o poder político com o poder econômico, tem-se como resultado a formação de uma blindagem, que dificulta e muitas vezes impede a punição de tais pessoas, especialmente em razão das dificuldades de se aplicar com máxima eficiência o *modelo probatório ordinariamente previsto no CPP e nas leis em geral*. Diante disso, somente com a adoção de um modelo probatório alternativo, mais elaborado e específico, como o que faz uso da “delação premiada”, é possível tornar o Estado um pouco mais eficiente na missão de desenvolvimento de procedimentos persecutórios, e *ii*) por outro lado, há o Estado de Direito que se faz presente em toda a extensão do sistema punitivo e que exige, indeclinavelmente, que os direitos e as garantias individuais sejam sempre atendidos, quaisquer que sejam as partes envolvidas, de modo que também em relação à clientela do Direito Penal, oriunda da classe política e do setor empresarial, não se ultrapassem os limites probatórios definidos em termos constitucionais e legais. Na contrapartida, para as pessoas que não gozam dessa blindagem institucional e que venham

praticar crimes em relação aos quais não há previsão de cabimento da “delação premiada”, os limites probatórios reconhecidos revelam-se suficientes, se e na exata medida em que sejam respeitados e não ultrapassados os balizamentos impostos pelos princípios fundamentais que asseguram a todos o direito contra a autoincriminação e contra a tortura, por exemplo.

Do cruzamento dessas realidades, extrai-se o sentimento irredutível de que “criminosos comuns”, que não sejam detentores de blindagens institucionais, são pessoas que não têm nada a barganhar com o Estado e, desse modo, não fazem *jus* ao benefício da “delação premiada” e, quando muito, apenas poderão contar com a atenuação de suas penas privativas de liberdade – mas não de sua redução – em um montante pouco expressível em razão da confissão – lembre-se: Art. 65, III, “d”, do Código Penal (CP), e Súmula n. 231 do Superior Tribunal de Justiça (STJ) –, o que, em muitos casos, não chega a ser um estímulo que favoreça a confissão. Aliás, dependendo da gravidade do crime comum, tomando-se como exemplo o cometimento de roubo mediante o concurso de dois executores, dos quais apenas um vem a ser identificado e, portanto, investigado e processado, a confissão deste agente que favoreça à revelação da identidade do coautor é uma circunstância desestimulada por razões óbvias: primeiro, porque se ele confessar o crime e fornecer meios eficientes que levem ao descobrimento da coautoria, ele apenas terá direito a uma insignificante atenuação de sua pena e, segundo, porque para esse tipo de “delação” a pena socialmente imposta ao “delator” pode vir a ser mais rigorosa que aquela imposta para o crime objeto da persecução, o que conduz, sutil e estrategicamente, à prática do silêncio ou de respostas evasivas, o que impede definir a coautoria – e outros esclarecimentos – e consubstancia algo que no jargão popular convencionou-se chamar de “Lei do Silêncio” e que, obviamente, é uma criação social diametralmente oposta à “delação premiada”.

Mudando um pouco esse foco de abordagem, vale destacar que no Brasil costuma-se invocar o direito norte-americano como fonte inspiradora do *privilege against self-incrimination*. Contudo, em que pese haver a tendência à simples equiparação do princípio *nemo tenetur se detegere* ao direito ao silêncio, a verdade é que embora esse princípio seja inseparável do direito ao silêncio, isso não representa que o direito contra a autoincriminação tenha correspondência exata com o direito ao silêncio (AMBOS; LIMA, 2009, p. 178-179).

Rigorosamente, o direito ao silêncio é apenas um dos direitos que consubstanciam aquele princípio, ao qual outros mais se somam, como a vedação da prática de tortura, ou da invasão domiciliar ilegal visando a apreensão de provas, a submissão do investigado ou do

r  u   prática de atos que possam consubstanciar provas contra ele mesmo etc. Dessa forma, o *nemo tenetur se detegere* alcança todo meio de prova que dependa da coopera o do r  u para sua produ o (AMBOS; LIMA, 2009, p. 179). Nesse contexto, impõe-se reconhecer que o princípio *nemo tenetur se detegere* identifica-se como direito fundamental e, nessa condi o, tem o propósito de proteger o indivíduo contra excessos praticados na condu o da persecu o criminal, seja em razão de violências físicas (tortura), seja em razão de violências morais, como ameaças, prisões sem o corresponde estado flagrancial ou sem autoriza o judicial, invasões domiciliares também desamparadas de ordem judicial etc. (AMBOS; LIMA, 2009, p. 180). A par disso, resta considerar que   utiliza o de quaisquer meios probatórios que se adote no processo penal deve ser atribuído um valor relativo que, embora relevante, encontra-se sempre subordinada ao atendimento de certos atributos da pessoa humana, que foram plasmados sob a forma de direitos e garantias individuais (TEDESCO, 2004, p. 31).

  nesse contexto que se afirma, por exemplo, o necessário resguardo da proporcionalidade, isto porque a CF de 1988, ao tutelar tal princípio, o fez reconhecendo que as garantias não podem ser entendidas de forma absoluta, sempre que houver confrontos com outros valores constitucionais (MÉNDEZ DÍAZ, 2013 p. 77). Desse modo, institui es jurídico-políticas como a “dela o premiada” e a “simples confissão” devem se manter sempre em “ajuste fino”, uma vez que enquanto meios de prova no processo penal não podem se afastar da máxima constitucional da dignidade da pessoa humana, dentro do limite certo e inquestionável de que para o Estado os fins não justificam os meios. Dito isso,   de toda conveniência destacar a preocupa o em torno da postura – perceptível, sutil e às vezes maliciosa – da instrumentaliza o do processo como pena, isto  , tratando-o como “um fim em si mesmo”, ao dispor das garantias e das regras procedimentais como se elas não fossem formas de limita o do poder punitivo estatal, mas, ao contrário, como se fossem verdadeiros óbices, empecilhos   aplica o regular da lei penal, que, devido a isso, mereça redu o ou flexibiliza o (PEREIRA; RUIZ, 2015, p. 122).

## **Conclusões**

A questão que orientou o desenvolvimento deste estudo foi determinar se os mecanismos constitucionais de prote o e defesa desses direitos e garantias fundamentais, consagrados na CF de 1998, se revelam suficientes e adequados   prote o do indivíduo submetido a algum procedimento persecutório, policial ou judicial. No curso desta pesquisa

foi possível avaliar que o Processo Penal brasileiro dispõe de inúmeras regras e princípios que sistematizam a produção da prova em face da realização de procedimentos persecutórios, investigativos ou judiciais, fixando-se limitações e até mesmo proibições, e dispondo sobre as chamadas “provas ilícitas”, em sentido amplo.

De acordo com o espectro de normatizações constitucionais e infraconstitucionais sobre a produção e admissibilidade da prova, extrai-se que provas ilícitas são aquelas decorrentes de violações a direitos materiais inerentes à pessoa humana, que sistematicamente atingem prestigiados direitos, como a liberdade, da intimidade, a inviolabilidade de domicílio etc., e também a regramentos procedimentais. Paralelamente a essa realidade e em razão dela, a engenharia política construiu e passou a admitir como lícitas as provas decorrentes de “delações”, que são produzidas com a colaboração espontânea e voluntária de pessoas investigadas, que assim agem em troca de favores processuais, que vão desde a redução do *quantum* de pena até o perdão judicial, em algumas hipóteses. Como consequência disso, identificou-se que há um conjunto de pessoas que detêm e outro conjunto das que não detêm prestígio social e político.

Devido a isso, em relação às pessoas que não gozam de qualquer blindagem, social ou institucional, e que venham praticar crimes em relação aos quais não há previsão de “delação premiada”, os limites probatórios reconhecidos revelam-se suficientes, se e na exata medida em que sejam respeitados e não ultrapassados os balizamentos impostos pelos princípios fundamentais que asseguram a todos o direito contra a autoincriminação, contra a tortura, contra a violação de domicílio etc., para se ter apenas alguns exemplos.

Ao lado disso, vige o Estado de Direito que se satisfaz plenamente, por exemplo, com a regulamentação de um modelo probatório baseado na “delação premiada” em relação àquelas pessoas social e politicamente prestigiadas – com blindagens –, e que devido a isso não correm risco algum de serem submetidas à tortura, ou de terem suas residências invadidas sem ordem judicial, ou de serem presas sem ordem judicial ou sem o estado de flagrante delito, para revelarem fatos, identificarem coautores e partícipes, restituírem produtos e proveitos de ações criminosas etc., podendo ainda serem beneficiadas com a redução de suas penas ou a substituição destas, a concessão do perdão judicial, entre outras medidas mais favoráveis.

Conclui-se que “provas ilícitas” e “delação premiada” são modelagens institucionais incorporadas ao Processo Penal, circunstanciadas por limites probatórios, que se ampliam ou se contraem (efeito elástico) segundo a condição da clientela à qual se aplicam.

## Referências

AMBOS, Kai; LIMA, Marcellus Polastri. *O processo acusatório e a vedação probatória: perante as realidades alemã e brasileira*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

BINDER, Alberto M. *Introdução ao direito processual penal*. Tradução Fernando Zani. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*: texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações determinadas pelas Emendas Constitucionais de Revisão n. 1 a 6/94, pelas Emendas Constitucionais n. 1/92 a 92/2016 e pelo Decreto Legislativo n. 186/2008. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2016.

\_\_\_\_\_. *Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992*. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm)>. Acesso em: 7 abr. 2017.

\_\_\_\_\_. *Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)>. Acesso em: 17 abr. 2017.

\_\_\_\_\_. *Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm)>. Acesso em: 7 abr. 2017.

\_\_\_\_\_. *Lei n. 12.683, de 9 de julho de 2012*. Altera a Lei no 9.613, de 3 de março de 1998, para tornar mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2012/lei/l12683.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12683.htm)>. Acesso em: 11 abr. 2017.

\_\_\_\_\_. *Lei n. 12.850, de 2 de agosto de 2013*. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei no 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm)>. Acesso em: 10 abr. 2017.

\_\_\_\_\_. *Lei n. 9.034, de 3 de maio de 1995*. Dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9034.htmimpress%C3%A3o.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9034.htmimpress%C3%A3o.htm)>. Acesso em: 10 abr. 2017.

\_\_\_\_\_. *Lei n. 9.613, de 3 de março de 1998*. Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9613.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9613.htm)>. Acesso em: 10 abr. 2017.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Seção. *Súmula 231*. Publicação: DJ 15/10/1999, p. 1-768. Disponível em:

<[http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt\\_BR/Jurisprud%C3%A2ncia/S%C3%BAmulas](http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Jurisprud%C3%A2ncia/S%C3%BAmulas)>. Acesso em: 17 abr. 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Relator Min. Celso de Mello. *Habeas Corpus n. 79.812-8 SP*. Publicação: DJ 8/11/2000, p. 196-215. Disponível em: <[redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=78158](http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=78158)>. Acesso em: 8 abr. 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Plenário. Relator Min. Sepúlveda Pertence. *Habeas Corpus n. 79.244-8 DF*. Publicação: DJ 23/02/2000, p. 190-208. Disponível em: <[www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?numero=79244&classe=HC](http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?numero=79244&classe=HC)>. Acesso em: 8 abr. 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. Relator Min. Ricardo Lewandowski. *Habeas Corpus n. 90.688 PR*. Publicação: DJe 24/04/2008, p. 756-799. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=523331&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20HC%20/%2090688>>. Acesso em: 17 abr. 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. Relator Min. Cármen Lúcia. *Habeas Corpus n. 119.941 DF*. Publicação: DJe 25/03/2014, p. 1-19. Disponível em: <[www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=218559350&tipoApp=.pdf](http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=218559350&tipoApp=.pdf)>. Acesso em: 8 abr. 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. Relator Min. Celso de Mello. *Habeas Corpus n. 99.289 RS*. Publicação: DJe 4/8/2011, p. 75-144. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/geral/verPdfPaginado.asp?id=625232&tipo=AC&descricao=Inteiro%20Teor%20HC%20/%2099289>>. Acesso em: 11 abr. 2017.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. Relator Min. Gilmar Mendes. *Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 122.279 RJ*. Publicação: DJe 12/08/2014, p. 1-19. Disponível em: <[redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7081132](http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7081132)>. Acesso em: 8 abr. 2017.

CHOUKR, Fauzi Hassan. *Processo penal à luz da Constituição*. Bauru, SP: EDIPRO, 1999.

DEU, Teresa Armenta. *A prova ilícita: um estudo comparado*. Tradução Nereu José Giacomolli. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

\_\_\_\_\_. *La prueba ilícita: un estudio comparado*. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 2011. Disponível em: <<https://www.marcialpons.es/static/pdf/100894818.pdf>>. Acesso em: 18 abr. 2017.

ESTRAMPES, Manuel Miranda. La prueba ilícita: la regla de exclusión probatoria y sus excepciones. In: *Revista Catalana de Seguretat Pública*, Institut de Seguretat Pública de Catalunya, n. 22, p. 131-151, mayo 2010. Disponível em: <<http://www.raco.cat/index.php/RCSP/article/download/194215/260389>>. Acesso em: 18 abr. 2017.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007.



FETAL, André Luiz Silva. Operação “Lava Jato” e o corporativismo contra a delação premiada. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/33043/operacao-lava-jato-e-o-corporativismo-contra-a-delacao-premiada>>. Acesso em: 10 abr. 2017.

GÖSSEL, Karl Heinz. *El derecho procesal penal en el estado de derecho*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2007.

MADEIRA, Ronaldo Tanus. *Da prova e do processo penal*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003.

MÉNDEZ DÍAZ, Ricardo Antonio. La valoración constitucional de la prueba ilícita e ilegal en la República Federal de Brasil. In: *Justicia Juris*, Barranquilla, Colombia, v. 9, n. 2, p. 74-84, jul./dic. 2013. Disponível em: <<http://www.scielo.org.co/pdf/jusju/v9n2/v9n2a08.pdf>>. Acesso em: 18 abr. 2017.

MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade. *Provas ilícitas: limites à licitude probatória*. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2004.

PEREIRA, Cláudio José Langroiva; RUIZ, Fábio Nascimento. A exceção no processo penal e o resgate de antigos riscos às garantias fundamentais. In: *Revista Prisma Jurídico*, Universidade Nove de Julho, São Paulo, v. 14, n. 1, p. 115-151, jan./jun. 2015. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/html/934/934444158005/>>. Acesso em: 18 abr. 2017.

TEDESCO, Ignacio F. La libertad de la declaración del imputado: un análisis histórico-comparado. In: HENDLER, Edmundo S. (comp.). *Las garantías penales y procesales: enfoque histórico-comparado*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004, p. 29-63.

VALLE Filho, Oswaldo Trigueiro do. *A ilicitude da prova: teoria do testemunho de ouvir dizer*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.