

**O POPULISMO PENAL E AS TENTATIVAS DE MITIGAÇÃO DOS PRINCÍPIOS
RELATIVOS À PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E AO DIREITO DE NÃO PRODUZIR
PROVAS CONTRA SI NO DIREITO BRASILEIRO**

**THE PENAL POPULISM AND THE ATTEMPTS OF REDUCTION OF THE
“PRESUMPTION OF INNOCENCE” AND THE PRINCIPLE THAT AVOIDS SELF-
INCRIMINATION AT THE BRAZILIAN LAW.**

Álisson Thiago de Assis Campos¹

RESUMO: O espetáculo midiático em relação à violência no Brasil tem criado o fenômeno do populismo penal, por meio do qual se constata que legisladores e juízes vêm atuando de forma a apascentar uma massa alienada e mal informada, de forma a aumentar seu prestígio ante a sociedade. A mitigação de garantias e direitos constitucionalmente resguardados, juntamente com os apelos pelo recrudescimento das leis, são fatos cada vez mais frequentes em nosso ordenamento jurídico e, cada vez mais, contam com o apoio da população. Verifica-se, entretanto, que as verdadeiras discussões capazes de melhorar a situação da segurança pública em nosso país estão sendo deixadas de lado, dando vez a políticas públicas ineficazes e segregadoras.

Palavras-chave: Populismo Penal. Presunção de Inocência. Direito de Não Produzir Provas contra si. Mitigação de Garantias.

ABSTRACT: The Media Spectacle towards the violence in Brazil created what we Penal Populism, according to which judges and legislators act as if they wanted to settle an alienated population, increasing their own prestige in society. The reduction of constitutionally-enshrined rights, amongst claims for the strengthening of laws, is increasingly observable in our legal order, supported more and more by the population. However, it's noticeable that the topics which are really capable of improving our current situation regarding public safety have been left aside, replaced by ineffective and segregating public policies.

Key Words: Penal Populism. Presumption of innocence. Right against self-incrimination. Guarantees reduction

¹ Bacharel em Direito. Assessor de Juiz na 1ª Vara Criminal e Infância e Juventude na Comarca de Conselheiro Lafaiete/MG. alissonateticano@gmail.com

INTRODUÇÃO

Conforme se verifica, o espetáculo midiático criado em torno das questões relativas à violência faz com que a população se sinta amedrontada e reclame às autoridades soluções para o problema da criminalidade em nosso país. Surgem, daí, clamores populares pelo recrudescimento das penas e pela criação de novas leis que incriminem determinadas condutas.

É justamente no cenário acima exposto que o tema do presente artigo está circunscrito. O trabalho que ora se apresenta tem por objetivo demonstrar a relação existente entre o clamor popular e o surgimento de um fenômeno populista que, na seara penal, tende a ampliar o Poder do Estado e limitar as garantias dos cidadãos. Ademais, objetiva-se apresentar argumentos e fornecer subsídios para o debate envolvendo o populismo penal e a mitigação de garantias individuais, procurando demonstrar que não é com o aumento do espectro punitivista do Estado que se alcançará a eficiência no que tange a segurança pública.

Inicialmente, pretendemos definir o que seriam as garantias individuais relativas à presunção de inocência e ao direito de não produzir provas contra si para, então, contextualizando o populismo penal, demonstrarmos como este fenômeno tem atuado na legislação e jurisprudência do Brasil de maneira a mitigar os direitos anteriormente mencionados.

O tema mostra-se relevante, sobretudo porque são cada vez mais frequentes as tentativas de se diminuir garantias individuais enraizadas em nosso ordenamento jurídico, o que deixa os cidadãos vulneráveis a eventuais arbitrariedades estatais.

As análises expostas no presente trabalho acadêmico se deram por meio de revisão de literatura, bem como da leitura de diversos textos sobre o assunto, de onde foram cotejadas informações principiológicas acerca do tema, a fim de que as mesmas pudessem propiciar uma melhor interpretação sobre o assunto que anima a presente comunicação.

1. A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A VEDAÇÃO À EXIGIBILIDADE DE AUTO-INCRIMINAÇÃO NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

O “*nemo tenetur se detegere*”, também conhecido como princípio da inexigibilidade de auto-incriminação, aliado ao princípio da presunção de inocência, representam relevantes garantias que dão supedâneo ao Direito Processual Penal moderno.

Antes, entretanto, de nos aprofundarmos na conceituação das garantias acima mencionadas, faz-se importante definir o que seria um princípio. Para tanto, lançamos mão dos ensinamentos propostos pelo renomado doutrinador José Afonso da Silva, que nos traz a noção de princípio como sendo um mandamento nuclear de um sistema.

Os Princípios são ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas, são [como observam Gomes Canotilho e Vital Moreira] ‘núcleos de condensações’ nos quais confluem *valores e bens* constitucionais. Mas, como disseram os mesmos autores, os princípios, que começam por ser a base de *normas jurídicas*, podem estar positivamente incorporados, transformando-se em normas-princípio e constituindo preceitos básicos da organização constitucional. (SILVA, 2010, p. 92)

Os princípios do Direito, sobretudo os que dizem respeito às garantias individuais contra eventuais abusos de poder do Estado, não são algo que acompanha os seres humanos desde o começo dos tempos. Ao contrário do que possa parecer inicialmente, os princípios passaram a integrar os ordenamentos jurídicos a duras penas, refletindo, portanto, a história. É partindo desse pressuposto, que Antônio Bandeira de Mello chega a afirmar que

Violar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório mas a todo sistema de comando. É a mais grave forma de ilegalidade ou de inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irrenunciável a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. (MELLO, apud CAPEZ, 2007, p. 08)

Se pensarmos no ordenamento jurídico como um sistema de garantias, isto é, um emaranhado de normas jurídicas que tem como escopo proporcionar a implantação

de uma ordem social imaculada pela imposição de restrições arbitrárias e desnecessárias aos cidadãos, veremos que a inexigibilidade de auto incriminação e a presunção de inocência são institutos profícuos e necessários para a proteção da liberdade individual e da democracia. Seguindo esta linha de raciocínio, verifica-se que assegurar garantias aos cidadãos e implementá-las de maneira satisfatória torna-se condição fundamental para a existência dos Estados Democráticos de Direito, servindo como requisito essencial para a instauração de um modelo jurídico justo, baseado no respeito aos direitos fundamentais dos seres humanos. É, portanto, neste arcabouço dogmático que se insere a relevância da vedação à auto incriminação (“*nemo tenetur se detegere*”) e da presunção de inocência no âmbito penal.

A fim de propiciar uma conceituação meramente didática², começaremos elencando o “*nemo tenetur se detegere*” e a presunção de inocência como princípios que se inserem dentre aquelas garantias conhecidas como as de Primeira Geração, pois visam à proteção do indivíduo frente às ações do Estado.

Segundo as lições de Paulo Bonavides, pode-se dizer que os direitos da primeira geração (ou *dimensão*, como queiram os leitores) são os direitos de liberdade *lato sensu*, sendo os primeiros a constarem dos textos normativos constitucionais, a saber, os direitos civis e políticos, que em grande parte correspondem, sob o ponto de vista histórico, àquela fase inaugural do constitucionalismo ocidental. São direitos que tem por titular o indivíduo, sendo portanto oponíveis ao Estado (são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado)(MAZZUOLI, 2011, p. 809).

Há importantes relatos históricos que dão conta da existência de suplícios aos quais eram submetidos os acusados durante o transcorrer de uma ação ou investigação criminal. Desde a antiguidade, pode-se constatar que algumas investigações foram permeadas por constantes violações a direitos humanos consagrados, haja vista as barbáries relacionadas à política de combate ao terror implementada pelos Estados Unidos da América.

² Tal conceituação tornou-se famosa por meio dos ensinamentos de Norberto Bobbio, o qual em sua obra “A era dos Direitos” relacionou as gerações de direitos ao lema da Revolução Francesa, qual seja “Liberdade, Igualdade e Fraternidade”. (BOBBIO, 1992, p. 6)

O que se verificou com o passar dos tempos foi que essa forma de colheita probatória deu suporte e justificou diversos tipos de atrocidades, ocasionando, por vezes, graves erros judiciais, muitos dos quais absolutamente irremediáveis.

Durante muito tempo a submissão ao interrogatório era vista como uma obrigação do acusado, enquanto o silêncio, além de mal visto, era considerado uma espécie de confissão tácita. Ao próprio acusado, portanto, cabia o ônus de provar sua própria inocência. É exatamente a fim de demonstrar tais fatos que Fernando da Costa Tourinho Filho chega a afirmar que “no Direito medieval, se o imputado não respondia às perguntas, era torturado, sendo, por conseguinte, obrigado a falar.” (FILHO, 2010, p. 304/305)

Remontam do iluminismo as raízes de um Direito Penal mais humanizado, de onde brotou a presunção de inocência e a inexigibilidade de auto-incriminação. Foi neste período, ademais, que houve um combate mais incisivo às penas consideradas cruéis e atentatórias à dignidade do homem, sobretudo por parte de pensadores como o renomado autor italiano Cesare Beccaria.

O Iluminismo, com Beccaria à frente e seus contemporâneos ou sucessores imediatos (Larizábal, Bentham, etc), combateram a crueldade das penas do Direito Penal do “Antigo Regime” (direito medieval, que se baseava na utilização massiva da pena de morte e das penas corporais, destacando-se a tortura, açoites, mutilações etc.). (...)

A Codificação Filipina constitui exemplo marcante das arbitrariedades medievais, época em que se prodigalizou o uso e o abuso do corpo humano para o castigo e também para intimidar as demais pessoas (Foucault). Depois do Iluminismo e da Revolução Francesa começaram a aparecer as legislações liberais, desse modo, paulatinamente as penas corporais foram sendo substituídas pela pena privativa de liberdade, que passou a constituir o eixo do sistema punitivo estatal (BIANCHINI, 2009, p. 393).

O Iluminismo, bem se sabe, culminou na Revolução Francesa que ocasionou uma maior valorização do Ser Humano. Essa valorização foi acentuada, séculos depois, pelo fim das duas guerras mundiais, sendo que, a partir de então, princípios como os que ora são objeto de estudo vieram a ser incluídos nos mais diversos diplomas jurídicos ao redor da Terra.

Levando-se em conta os ensinamentos de Luigi Ferrajoli, sobretudo em sua obra “*Direitos e Garantias – A lei do mais fraco*”, ainda sem tradução para o

português, veremos a real necessidade de se propiciar ao cidadão comum certas garantias que o protejam do enorme poder Estatal, evitando que as normas imponham ao jurisdicionado obrigações penosas e contrárias à sua dignidade. Daí decorre, portanto, a necessidade de se presumir a inocência de um acusado até o trânsito em julgado de sentença condenatória e de vedar qualquer obrigação no sentido de imputar ao réu o dever de produzir provas contra si.

O princípio da presunção de inocência, também conhecido como princípio da não culpabilidade, é uma garantia expressamente prevista no art. 5º, LVII da Constituição Federal. Segundo ele, ninguém será considerado culpado pela prática de um crime até que sobrevenha o trânsito em julgado de uma sentença penal que reconheça a sua prática:

Art. 5º, LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

É com base no dispositivo supramencionado que a execução provisória de pena e a prisão preventiva só podem ocorrer em casos excepcionais. Assim sendo, o direito de responder à acusação em liberdade é uma regra a ser observada pelo magistrado, somente podendo ser mitigada quando presentes os requisitos para tanto.

Por expressa previsão constitucional, não resta dúvida de que todo acusado deve ser considerado inocente até que sobrevenha trânsito em julgado de sentença condenatória. Entretanto, no que diz respeito à garantia relativa à inexigibilidade de auto-incriminação, verifica-se que o entendimento não é plenamente consolidado.

O art. 5º, inciso LXIII da Constituição Federal prevê que:

Art. 5º, LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;

Partindo de uma interpretação meramente literal acerca do dispositivo legal acima mencionado e fazendo uma diferenciação entre o direito ao silêncio e a inexigibilidade de produzir prova contra si, há quem defenda que a Carta Magna Brasileira, embora garanta ao cidadão o direito de permanecer calado durante seu interrogatório, optou por não se manifestar expressamente sobre o princípio de que

ninguém é obrigado a produzir provas contra si. A este respeito, julgamos necessário apresentar o entendimento de Denílson Feitoza Pacheco:

O direito ao silêncio, a rigor, é um corolário do princípio da não-auto-incriminação. Mas, no Brasil, houve uma inversão, tendo em vista a previsão constitucional do direito ao silêncio. Então, busca-se afirmar que o princípio da não auto-incriminação tem natureza constitucional e se encontra implicitamente na previsão do direito ao silêncio (PACHECO, 2006, p. 113).

Embora reconheçamos o brilhantismo dos argumentos daqueles que não reconhecem, de maneira ampla, a presença do princípio da inexigibilidade de auto-incriminação no ordenamento jurídico brasileiro, ousamos deles discordar.

Inicialmente vale mencionar que a doutrina majoritária entende que o “*nemo tenetur se detegere*” insere-se na norma constitucional. Nesse sentido, inclusive, Guilherme de Souza Nucci argumenta que a inexigibilidade de auto-incriminação no direito brasileiro,

trata-se de decorrência natural da conjugação dos princípios constitucionais da presunção de inocência (art. 5º LVII) e ampla defesa (art. 5º LV), com o direito humano fundamental que permite ao réu manter-se calado (art. 5º LXIII). Se o indivíduo é inocente, até que seja provada sua culpa, possuindo o direito de produzir amplamente prova em seu favor, bem como se pode permanecer em silêncio sem qualquer tipo de prejuízo à sua situação processual, é mais do que óbvio não estar obrigado, em hipótese alguma, a produzir prova contra si mesmo (NUCCI, 2010, p. 97).

Ao trazer para o ordenamento jurídico pátrio a necessidade de aplicação do devido processo legal, a Constituição Federal garantiu ao cidadão o direito de não produzir provas contra si. É nesse sentido, inclusive, que a professora Maria Elizabeth Queijo afirma que no quadro “de garantias que compõem o devido processo legal, insere-se também o *nemo tenetur se detegere* como um dos princípios que assegura a legitimação da jurisdição, dentro de uma visão ética do processo penal.” (QUEIJO, 2003, p. 72)

Some-se a isso o fato de que a atual sistemática na qual se encontra inserido o direito processual penal brasileiro nos compele a analisar as garantias fundamentais de uma maneira mais ampla, sempre à luz dos tratados internacionais que versam sobre direitos humanos. Isto porque, bem se sabe, os avanços sociais elevaram o

Direito Internacional a um patamar de extrema relevância normativa, que nos permite buscar respostas para os mais diferentes desafios penais enfrentados atualmente.

Assim, reforçando ainda mais a presença da vedação à auto-incriminação no Direito Penal pátrio, merece especial destaque o Pacto de San Jose da Costa Rica, que ao tratar das garantias judiciais do acusado prevê:

Artigo 8º - Garantias judiciais

2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

g) direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada;

Conforme pode se constatar por meio de uma simples leitura do dispositivo acima colacionado, a redação original do Pacto de San Jose da Costa Rica cuidou de expandir a garantia prevista na Constituição Federal (art. 5º, LXIII), eliminando a possibilidade de se exigir que réu se declare culpado, criando provas contra si. Trata-se, pois, de uma positivação mais ampla que abrange maiores aspectos do princípio do *nemo tenetur se detegere*.

Esquematizada, portanto, a presença dos princípios da presunção de inocência e vedação à auto-incriminação no Direito Penal Brasileiro, devemos agora demonstrar o que seria o populismo penal midiático para, posteriormente, demonstrar a sua influência na tentativa de mitigação das garantias individuais.

2. O FENÔMENO DO POPULISMO PENAL MIDIÁTICO E O SURGIMENTO DO DIREITO PENAL SIMBOLICO

O Populismo Penal está inserido em um contexto expansionista da repressão motivado por uma espécie de espetacularização excêntrica da justiça e da violência. Passando pela imprensa (populismo midiático), esse fenômeno alcançou os poderes da república, dando ensejo ao populismo legislativo e judicial.

O termo populismo é frequentemente utilizado na seara política para designar um conjunto de práticas tendentes a estabelecer uma relação estreita entre uma sociedade de massa e um líder. É justamente na amplitude deste contexto que o Populismo Penal tem se firmado como modelo cujas características complementam uma série de discursos punitivistas sobre os quais se fundam diversas linhas de política criminal existentes.

Atualmente, constata-se uma exploração exaustiva das práticas criminosas por meio de reportagens chocantes e recorrentes, responsáveis por incutir na população a cultura do medo e da insegurança. Amedrontada e receosa, a sociedade acaba reclamando o recrudescimento das penas e a ampliação do espectro punitivista estatal calcados no falso argumento de que tais medidas acarretarão em diminuição de delitos.

É justamente a fim de dar uma resposta aos clamores populares e beneficiar-se disso que alguns legisladores e juízes têm iniciado uma campanha teórica pela mitigação de garantias individuais. Lançando mão de argumentos contrários a direitos constitucionalmente resguardados e apoiando-se na idéia de unanimidade, ofertam ao povo uma solução equivocada para melhorar o caos na segurança pública.

Após difundirem medo, temor e desespero na população, determinadas pessoas (os populistas penais) apresentam soluções milagrosas, fundamentadas na mitigação de direitos e garantias fundamentais e no aumento do rigor na punição dos criminosos. Há de se mencionar, ainda, que não são raros os seus ataques a outras linhas de política criminal que divergem da que ora é apresentada.

Verifica-se, pois, que os discursos populistas penais estão diretamente relacionados ao aumento da repressão penal, tornando-se importantes instrumentos para que determinadas pessoas ou grupos de interesses possam obter um almejado prestígio social, figurando como verdadeiros pastores, responsáveis por acalmar as mesmas ovelhas que agitaram.

Com a expansão das redes sociais e dos meios de comunicação em massa, tornaram-se cada vez mais comuns os discursos relativos à redução da maioria penal, legalização da prisão perpétua e da pena de morte, aumento das penas, etc..

Paradoxalmente, verifica-se ainda um clamor paralelo pela diminuição dos gastos atinentes aos presos. Acrescente-se a isso o fato de que o cidadão comum - ignorando o amplo panorama em que o sistema jurídico se circunscreve - foi levado ao erro e, agora, passa a associar a expressão “direitos humanos” a uma espécie de órgão que se presta a dar apoio a bandidos e marginais.

São cada vez mais frequentes as tentativas de limitação de direitos e garantias individuais, como se eles favorecessem o número de ocorrências criminosas. No entanto, as causas dos problemas sociais não são tratadas a fundo, de maneira a trazer a real segurança almejada pela população.

Uma das mais nefastas consequências do populismo penal consiste na pressão que se faz contra a magistratura para que haja maior rigor penal, sob a crença mágica de que isso resolve o problema da criminalidade (...). Nada mais incorreto. Desde 1940 o legislador brasileiro tornou-se adepto do rigorismo penal (Luís W. Gazoto). A criminalidade, até hoje, com essa equivocada política criminal, só aumentou. A política puramente repressiva é enganosa. Aliás, é um engodo do regime democrático. (GOMES, 2013)

A partir do momento em que o Direito Penal passa a servir como campo de manobra para a implementação de políticas eleitoreiras, torna-se meramente simbólico e passa a carecer de legitimidade perante a ordem democrática. Torna-se, portanto, um paliativo que deixa de apresentar as soluções que a população almeja e merece. A bem da verdade, cria-se um verdadeiro arcabouço normativo que não dá conta de mitigar os problemas sociais que afligem a sociedade, mas que se presta a uma função nefasta dentro de uma democracia amputada, condicionada e limitada. Nesse sentido, são importantes os ensinamentos de Luiz Flávio Gomes e Alice Binchini, os quais entendem que

A alteração da legislação penal em momentos de aguda crise popular (e midiática), tal como a que está ocorrendo neste momento no Brasil, tende a não atender os fins legítimos do Direito penal (de proteção fragmentária e subsidiária de bens jurídicos relevantes). Ao contrário, sempre retrata uma legislação penal simbólica e de emergência.

Conceber a norma e a aplicação do Direito penal sob a égide de uma função puramente simbólica significa inegavelmente atribuir-lhe um papel "pervertido", porque um Direito penal simbólico relega a eficaz proteção de bens jurídicos em prol de outros fins psicossociais que lhe são alheios. Não visa ao infrator potencial, para dissuadi-lo,

senão ao cidadão que cumpre as leis, para tranquilizá-lo, para acalmar a opinião pública.

Diante de um cenário extremamente favorável às práticas populistas, pode-se constatar que as mesmas se tornaram cada vez mais comuns em nosso cotidiano, atuando como uma espécie de arma política, por meio da qual os seus principais ativistas ganham visibilidade eleitoral e passam a ser vistos com bons olhos por uma sociedade amedrontada.

Entre a prevenção e a repressão, o Brasil insiste em adotar a segunda opção, o que, há muito, não tem surtido efeito. Na medida em que a criminalidade e os problemas inerentes à segurança pública aumentam, também cresce o interesse pelo recrudescimento do direito penal, o que agrava, ainda mais, a situação.

A mídia cuida de incutir nas pessoas a necessidade de expansão do punitivismo, insistindo em um erro cujas consequências já estão sendo vistas em nosso meio social. Diante deste quadro, os legisladores estão endurecendo as normas penais como forma de agradar a uma população que ignora o fato de que o endurecimento das penas não diminui as estatísticas criminais. O governo opta pela repressão por considerar que o endurecimento das penas é uma medida mais economicamente viável do que a realização de investimentos em áreas que, efetivamente, trariam modificações relevantes ao caos da segurança pública.

Embora já tenha sido demonstrado que as garantias individuais carreguem o sangue daqueles que lutaram pelos ideais que hoje se encontram enraizados nas Constituições de vários países ao redor do mundo, verifica-se que são elas quem mais têm sofrido com o populismo penal. A população, amedrontada e guiada por uma retórica irracional (mas convincente) abre mão de suas garantias, e dá sinal verde para a mitigação de princípios. Agindo dessa forma, atua fornecendo espaços ao fortalecimento de um poder institucionalizado, em detrimento dos direitos dos cidadãos. Exemplos disso são as recorrentes situações em que o legislador e a jurisprudência transferem aos réus o dever de comprovar a licitude de seus atos, fazendo presunções sobre a ilegalidade das condutas.

Os julgados que a seguir serão apresentados demonstram ofensas aos princípios constitucionais conceituados no primeiro capítulo deste artigo, representando uma

verdadeira inversão do ônus da prova em matéria criminal. Conforme se verificará a seguir, tem se atribuído ao réu o ônus de fazer a contraprova da acusação que lhe pesa, sob pena de ser considerado culpado.

3. EXEMPLOS DE TENTATIVA DE MITIGAÇÃO DAS GARANTIAS INDIVIDUAIS NO BRASIL

No trato diário com a Ciência Jurídica, não são raros os momentos em que os operadores do Direito se deparam, ainda que de maneira despercebida, com normas ou julgados que deixam de observar as garantias relativas à presunção de inocência e ao direito de não produzir provas contra si.

A legislação de trânsito, por exemplo, nos fornece dois exemplos claros de como o populismo penal atua de maneira a fomentar a criação de normas que restringem os direitos dos cidadãos.

Bem se sabe que os acidentes de trânsito são uma das principais causas de mortalidade no Brasil. Em recente artigo publicado na internet, o Jurista Luiz Flávio Gomes informou que, de acordo com dados do Ministério da Justiça, 42,844 pessoas perderam suas vidas em decorrência de tragédias ocorridas nas rodovias brasileiras, apenas no ano de 2010), o que nos coloca entre os quatro países com maior índice de mortes por acidentes no trânsito.

Os dados de mortalidade, aliados ao bombardeio de notícias proveniente da mídia populista, dão ensejo à movimentação da seara legislativa e jurisprudencial, a fim de tornar mais rigoroso o trato com as questões atinentes aos crimes de trânsito.

Ao invés de investir na melhoria de condições das estradas e na educação dos motoristas, opta-se por lançar mão, mais uma vez, do Direito Penal, a fim de se mostrar à sociedade a preocupação do governo com a situação caótica do transporte no Brasil. Nessa esteira, no ano de 2008 o artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro foi alvo de modificações legislativas que receberam duras críticas

da doutrina que pugna pelo respeito às garantias individuais. Na oportunidade, o dispositivo legal em comento passou a vigorar com a seguinte redação:

Art. 306. Conduzir veículo automotor, na via pública, estando com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas, ou sob a influência de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência: (Redação dada pela Lei nº 11.705, de 2008)

Diante da polêmica criada em torno da redação do dispositivo penal em comento, houve, no ano de 2012, nova modificação legislativa, tendo o art. 306 passado a vigorar com a seguinte redação:

Art. 306. Conduzir veículo automotor com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência:

Penas - detenção, de seis meses a três anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

§ 1º As condutas previstas no caput serão constatadas por:

I - concentração igual ou superior a 6 decigramas de álcool por litro de sangue ou igual ou superior a 0,3 miligrama de álcool por litro de ar alveolar; ou

II - sinais que indiquem, na forma disciplinada pelo Contran, alteração da capacidade psicomotora.

§ 2º A verificação do disposto neste artigo poderá ser obtida mediante teste de alcoolemia, exame clínico, perícia, vídeo, prova testemunhal ou outros meios de prova em direito admitidos, observado o direito à contraprova.

Embora as críticas tenham dado ensejo à modificação acima verificada, certo é que a norma penal em comento ofende garantias individuais. Isto porque, conforme se verifica no disposto no parágrafo terceiro do artigo 277 do mesmo diploma legal, há previsão de aplicação de medidas administrativas ao condutor que se recusar a se submeter a teste, exame clínico, perícia ou outro procedimento que, por meios técnicos ou científicos, seja capaz de verificar a ingestão de bebida alcoólica.

Art. 277. O condutor de veículo automotor envolvido em acidente de trânsito ou que for alvo de fiscalização de trânsito poderá ser submetido a teste, exame clínico, perícia ou outro procedimento que, por meios técnicos ou científicos, na forma disciplinada pelo Contran, permita certificar influência de álcool ou outra substância psicoativa que determine dependência.

§ 3º Serão aplicadas as penalidades e medidas administrativas estabelecidas no art. 165 deste Código ao condutor que se recusar a se submeter a qualquer dos procedimentos previstos no caput deste artigo.

Ora, já é pacífico na jurisprudência que o fato de se obrigar um indivíduo a realizar qualquer meio de prova, cominando-lhe qualquer espécie de sanção pela recusa, é prática vedada em nosso ordenamento jurídico. Isto porque imputar ao acusado o dever de colaborar com as investigações ofende o direito de não produzir provas contra si que, conforme exposto, é constitucionalmente previsto. Ademais, tomar a recusa do réu como fator que o prejudique na instrução do processo, aceitando outros meios probatórios, como por exemplo, o depoimento policial, para comprovar estado de embriaguez, fere de morte a presunção de inocência tão cara a nosso ordenamento jurídico.

Em nosso entendimento, não basta que a legislação faculte ao acusado a utilização do bafômetro como meio de fazer a contraprova. É necessário, outrossim, que se garanta ao réu o direito de não produzir provas contra si, sem que sua recusa o prejudique.

Outro caso interessante de ofensa às garantias constitucionais é aquele previsto no artigo 305 do Código de Trânsito Brasileiro. O dispositivo mencionado impõe uma obrigação legal ao motorista que se envolveu em um acidente, determinando que o mesmo permaneça no local do sinistro, se identificando, portanto, como sendo responsável pelos episódios ocorridos.

Art. 305. Afastar-se o condutor do veículo do local do acidente, para fugir à responsabilidade penal ou civil que lhe possa ser atribuída:
Penas - detenção, de seis meses a um ano, ou multa.

Conforme se verifica, ao permanecer no local dos fatos, o motorista envolvido no acidente permite que outras pessoas o reconheçam como sendo o causador de determinado resultado jurídico. Isto, por certo, acaba propiciando o surgimento de testemunhas que, reconhecendo-o, poderão vir a depor contra ele em um possível processo de natureza criminal.

Luiz Flávio Gomes, versando sobre o dispositivo penal em comento, assevera que se trata de norma inconstitucional, que fere o princípio do “*nemo tenetur se detegere*”:

Entendemos que o dispositivo em apreço faz exatamente essa exigência reprovada pelo sistema constitucional. Ao incriminar a conduta daquele que abandona o local dos fatos, o legislador compele a pessoa a colaborar com o Estado de maneira que a Lei Maior não exige. Não se trata de omissão de socorro, tampouco de fraude processual. O tipo incrimina a conduta de abandonar o local dos fatos, o que de fato é forçoso para o Direito penal, sobre o qual recai o princípio da intervenção mínima. Secundamos o entendimento que vem sendo traçado pela jurisprudência (GOMES, 2010).

Evidenciada mais uma ofensa ao princípio de que ninguém é obrigado a produzir provas contra si, apresentamos, agora, demonstrações de como a Jurisprudência tem transferido ao réu o dever de comprovar sua inocência.

Iniciamos com um exemplo advindo do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, que ao julgar a apelação criminal nº 1.018.11.009177-8/001, transfere à defesa o ônus de comprovar a origem lícita dos bens apreendidos quando da lavratura de flagrante por crime de tráfico, sob pena de ser decretada a perda em favor da União:

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO DE DROGAS - RECURSO DEFENSIVO - ABSOLVIÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS - CONJUNTO PROBATÓRIO ROBUSTO - CONDENAÇÃO MANTIDA - RECURSO MINISTERIAL - MODIFICAÇÃO DO REGIME PRISIONAL DE CUMPRIMENTO DE PENA PARA O FECHADO - EXPRESSA IMPOSIÇÃO NORMATIVA - PERDIMENTO DE BENS - NÃO COMPROVAÇÃO DA ORIGEM LÍCITA DA QUANTIA APREENDIDA - DECRETAÇÃO DE PERDIMENTO EM FAVOR DA UNIÃO. RECURSO DEFENSIVO NÃO PROVIDO. RECURSO MINISTERIAL PROVIDO. 1. Se o conjunto probatório dos autos se mostra irrefutável quanto ao comércio clandestino de drogas desenvolvido pelo apelante, principalmente porque evidenciado através da prova testemunhal e circunstancial, impossível acolher o pleito absolutório. 2. Para o crime de tráfico de entorpecentes, o regime de cumprimento da pena privativa de liberdade deve ser inicialmente o fechado, em observância à disposição contida no art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/1990, modificada pela Lei nº 11.464/2007. 3. Não comprovada a aquisição lícita dos numerários arrecadados, inviável deferir o pedido de restituição de valores relacionados com a prática criminosa.

Ora, em nosso entendimento, é dever do Ministério Público demonstrar a relação entre os valores e bens apreendidos e o crime de tráfico de droga. Tal obrigação decorre, inclusive, do princípio da presunção de inocência. Assim sendo, não havendo prova que faça a ligação entre os produtos e a prática criminosa, a restituição é medida que se impõe.

Merece destaque, também, o entendimento aplicado pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina ao julgar a Apelação Criminal 553749 SC 2008.055374-9 nos casos de crime de receptação dolosa. Entende a jurisprudência que, tendo sido encontrado o produto de crime na posse do réu, presume-se a prática do crime. A condenação, portanto, só é elidida quando a defesa cuida de apresentar provas da aquisição legítima do bem:

"No crime de receptação dolosa, ao acusado incumbe demonstrar que adquiriu legitimamente o bem encontrado em seu poder, pois a hipótese é de inversão do ônus da prova." (Apelação Criminal: APR 553749 SC 2008.055374-9, Relator Túlio Pinheor, julgado em 11/05/2009)

Entendendo de maneira semelhante, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais tem aplicado a inversão do ônus da prova nos casos de furto em que o réu é encontrado na posse da *res furtiva*:

PROVA - FURTO - AGENTE PRESO NA POSSE DA 'RES FURTIVA' - AUSÊNCIA DE JUSTIFICATIVA - INVERSÃO DO ÔNUS PROBATÓRIO. - No delito de furto, a apreensão da coisa subtraída em poder do acusado gera presunção de sua responsabilidade e inverte o ônus da prova. Em delitos patrimoniais, a apreensão da 'res furtiva' na posse do acusado enseja a presunção de autoria a ele atribuída, e não havendo versão verossímil a justificar sua conduta, converte-se em certeza aquela presunção" (Apelação Criminal 1.0720.04.014094-2/001, Relator Hyarco Immesi, julgado em 29/11/2007).

*

EMENTA: FURTO SIMPLES. MATERIALIDADE E AUTORIA EVIDENCIADAS. AUSÊNCIA DE CAUSA EXTINTIVA DA PUNIBILIDADE. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. RÉU REINCIDENTE. INAPLICABILIDADE. DESCLASSIFICAÇÃO PARA FURTO DE USO OU FURTO TENTADO. INVIABILIDADE. DEFENSOR PÚBLICO. CUSTAS PROCESSUAIS. ISENÇÃO.

- Em sede de crimes patrimoniais, a apreensão da 'res furtiva' em poder do acusado opera a inversão do ônus probatório, cumprindo-

lhe justificar tal estado de coisa, ao passo que a ausência de qualquer explicação plausível, corroborada pela inexistência de provas que lhe cabia apresentar, conduz à necessária e inevitável convicção da responsabilidade que lhe é imputada. (Apelação Criminal 1.0534.12.000712-3/001, Relator Des.(a) Duarte de Paula, Julgamento: 21/03/2013)

Ora, inverter o ônus da prova em Direito Penal e imputar à defesa o dever de comprovar a inocência do réu é atacar a garantia constitucional da presunção de inocência, mitigando garantias fundamentais.

CONCLUSÃO

Embora a democracia fundamente-se na possibilidade de manifestação de vontade, entendemos que a consciência de onde emana o desejo popular deve ser esclarecida. O efetivo exercício da democracia pressupõe que as decisões sejam tomadas racionalmente, sem a influência de qualquer espécie de pressão, incluindo aquela advinda do espetáculo em que a mídia transforma a violência.

Verificamos que o populismo penal instaura o medo na população, para, posteriormente, lançando mão de um consenso criado por uma sociedade amedrontada, justificar um punitivismo exacerbado e a mitigação de direitos.

Em um país onde a educação ainda é privilégio de poucos, deve ser rechaçado qualquer argumento tendente a abolir direitos fundamentais, ainda que o apelo popular seja nesse sentido. As garantias individuais presentes no ordenamento jurídico brasileiro devem continuar a ser encaradas como cláusulas pétreas, imutáveis, cuja extirpação implicaria em grave retrocesso social.

Em nosso entendimento, mitigar direitos e garantias individuais, ampliando o campo de atuação prática do Direito Penal, não constitui a solução mais adequada para tratar a situação envolvendo a criminalidade no Brasil. Deve-se tomar consciência de que o real foco a partir do qual se alastra essa “epidemia criminosa” instaurada em nossa sociedade está centrado na insuficiência de políticas públicas adequadas à situação social de nosso país.

A fim de evitar futuras arbitrariedades, devemos nos prevenir do agigantamento do poder estatal. Antes mesmo de ser rigoroso, o critério de criação das leis tem de ser coerente, evitando deturpações do Direito Penal, sob pena de ofender-lhe a legitimidade. Se não vier acompanhado de políticas públicas sérias e eficazes, o recrudescimento da lei fomentará o caráter meramente simbólico do Direito Penal, que estará fadado a ser uma espécie de ícone fantasioso e ilusório, do qual não se poderá esperar soluções e, muito menos, milagres.

BIBLIOGRAFIA

BIANCHINI, Alice; DE MOLINA, Antônio Garcia-Pablos, GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal: Introdução e Princípios Fundamentais** 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BOBBIO, Norberto. **A era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 9. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. Anexo ao decreto que promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf>. Acesso em: 29 de maio de 2011.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm Acesso em: 27 de janeiro de 2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Criminal n. 1.0572.11.003963-1/001. Relator: Flávio Leite. 04 abr. 2013. Disponível em: <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/formEspelhoAcordao.doc>>. Acesso em: 10 abr. 2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Criminal n. APR 553749 SC 2008.005374-9. Relator: Túlio Pinheiro. 11 mai. 2009. Disponível em:

<<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6533891/apelacao-criminal-apr-553749-sc-2008055374-9-tjsc/inteiro-teor>>. Acesso em: 10 abr. 2013.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: Teoria do Garantismo Penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y Garantías**: La Ley Del Más Débil. Madrid: Editorial Trota, 1999.

GOMES, Alexandre Travessoni. **O Fundamento de Validade do Direito**: Kant e Kelsen. 2. ed. Belo Horizonte, 2004.

GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. **Maioridade penal e o Direito penal emergencial e simbólico**. Jus Navigandi, Teresina, ano 12, n. 1358, 21 mar. 2007 . Disponível em: < <http://jus.com.br/revista/texto/9627/maioridade-penal-e-o-direito-penal-emergencial-e-simbolico>>. Acesso em: 30 mar. 2013

GOMES, Luiz Flávio. **Magistratura oprimida e populismo penal**. Carta Forense, Cotidiano, 02 abr. 2013. Disponível em < <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/magistratura-oprimida-e-populismo-penal/10818> >. Acesso em: 17 abr. 2013

GOMES, Luiz Flávio. **Mortes no trânsito: Brasil é o 4º do mundo**. Atualidades do Direito, 6 mar. 2013. Disponível em < <http://atualidadesdodireito.com.br/lfg/2013/03/06/mortes-no-transito-brasil-e-o-4o-do-mundo/>>. Acesso em: 16 abr. 2013

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza Nucci. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

PACHECO, Denílson Feitoza. **Direito Processual Penal**: Teoria, Crítica e Práxis. 4. ed. Niterói: Impetus, 2006.

QUEIJO, Maria Elizabeth. **O Direito de Não Produzir Prova Contra si Mesmo: O princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal.** 1. Ed. Saraiva: São Paulo, 2003.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 33. Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal.** 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.