

UNIVERSIDADE DE RIBEIRÃO PRETO
Campus Ribeirão Preto
Mestrado

DANIEL ROSA

**O PRINCÍPIO DA NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO E A SUA APLICAÇÃO
ÀS PESSOAS JURÍDICAS**

Ribeirão Preto – SP
2018

DANIEL ROSA

O PRINCÍPIO DA NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO E A SUA APLICAÇÃO ÀS PESSOAS JURÍDICAS

Monografia apresentada no curso de mestrado em Direitos Coletivos e Cidadania na Universidade de Ribeirão Preto, UNAERP, Divisão de Pós-Graduação “*strictu sensu*” para a obtenção do título de Mestre.

Orientador: Prof. Dr. Ricardo dos Reis Silveira.

Ribeirão Preto – SP
2018

Rosa, Daniel, 1979.

R788p

O princípio da não autoincriminação e a sua aplicação às pessoas jurídicas/
Daniel Rosa. - Ribeirão Preto, 2018.
130 f.

Orientador: Prof. Dr. Ricardo dos Reis Silveira.

Dissertação (mestrado) – Universidade de Ribeirão Preto, UNAERP
Direitos coletivos e Cidadania. Ribeirão Preto, 2018.

1. Direito Fundamental. 2. Pessoas Jurídicas. 3. Lesões a direitos difusos e
Coletivos. I. Título.

CDD 340

DANIEL ROSA

**O PRINCÍPIO DA NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO E A SUA APLICAÇÃO ÀS
PESSOAS JURÍDICAS.**

Dissertação de Mestrado apresentada ao
Programa de Pós-Graduação em Direito
da Universidade de Ribeirão Preto para
obtenção do título de Mestre em Direito

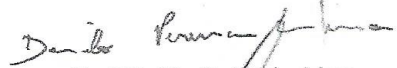
Área de Concentração: Direitos Coletivos e Cidadania


Data da defesa: 28 de setembro de 2018

Resultado: Aprovado

BANCA EXAMINADORA


Prof. Dr. Ricardo dos Reis Silveira
Presidente/UNAERP – Universidade de Ribeirão Preto


Prof. Dr. Danilo Pereira Lima
UNIRAXÁ – Universidade de Araxá


Prof. Dr. Rafael Tomaz de Oliveira
UNAERP – Universidade de Ribeirão Preto

RIBEIRÃO PRETO
2018

Dedico o presente trabalho primeiramente a Deus, essencial em minha vida, a meus familiares, parceiros constantes em todos os momentos, e aos professores, que instruíram os caminhos para que fossem obtidos os resultados esperados. E a todas as pessoas que participaram de forma direta ou indireta da construção deste estudo.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiro a Deus.

Agradeço a minha família, que me acompanhou e incentivou em todos os momentos, possibilitando-me o ambiente necessário e dando-me apoio para vencer os obstáculos, de modo a alcançar este objetivo.

A Ana Lúcia, minha esposa, minha companheira, parceira que sempre esteve a meu lado, com incentivo e estímulo. Sem sua sustentação, eu nada teria realizado.

Lucas e Levi, que durante esta jornada foram fundamentais, determinantes e indispensáveis para a conclusão desta tese.

Aos amigos e companheiros que frequentaram as aulas e me ajudaram a construir um pensamento crítico, um aprendizado que se tornou essencial para a conclusão do trabalho aqui proposto.

Ao Orientador, professor Dr. Ricardo dos Reis Silveira, pelo encorajamento contínuo durante a pesquisa e pelo conhecimento transmitido, que tentei aprimorar e aperfeiçoar.

E ao corpo docente, que partilhou seus conhecimentos levando-me sempre a refletir sobre os objetivos deste trabalho.

“A persistência é o caminho do êxito”.

Charles Chaplin

RESUMO

A presente pesquisa investiga a aplicabilidade do princípio da não autoincriminação às pessoas jurídicas. Sendo uma norma de direito fundamental, o princípio está previsto em nosso ordenamento jurídico no art. 5, LVII, CF, como também na legislação processual penal no art. 186 do CPP. O princípio da não autoincriminação é elaborado e sedimentado diante de uma construção histórica, com origem remota, mas tem um marco inicial no Reino Unido, diante das reações às práticas inquisitoriais. No Brasil, apenas em 1889, com a proclamação da República, foi reconhecido o direito dos acusados de permanecer em silêncio. Nesta toada, estabelecendo-se o direito da não autoincriminação como uma garantia fundamental, a pesquisa passa por uma abordagem da construção histórica dos direitos fundamentais, que foram elaborados inicialmente para proteger o cidadão do arbítrio do Estado. Direitos fundamentais, enquanto normas, trazem os valores essenciais de cada comunidade e são limitados ao tempo e ao espaço. A norma é este veículo que conduz os valores, irradia e alcança todo o ordenamento jurídico. Nesse sentido a pesquisa destaca a aplicabilidade do princípio da não autoincriminação às pessoas jurídicas, levando em consideração a característica desta norma de direito fundamental e sua compatibilidade com a natureza jurídica das pessoas jurídicas, mas tal constatação passa pelo acolhimento da responsabilidade criminal das pessoas jurídicas, que foi reconhecida pelo art. 173 § 5º e 225 § 3º da Constituição federal de 1988, não se desconsiderando o debate teórico sobre a impossibilidade da imputação penal às pessoas jurídicas. Explorando estas vertentes, a pesquisa aborda o Processo Penal estruturado no sistema acusatório como o instrumento capaz de garantir às pessoas jurídicas, enquanto acusadas, o direito de não produzir provas que lhes incriminem. Impõe-se constatar as possíveis restrições, tanto no plano principiológico como no nível da regra, tendo-se em vista que nenhum direito é absoluto. A pesquisa traz dentro deste contexto a verificação da evolução do bem jurídico penal e destaca a existência dos bens jurídicos supraindividuais, que devem ser resguardados e protegidos, diante da fundamentação estabelecida na constituição Federal de 1988. Após esta investigação, sustenta-se que se aplica o princípio da não autoincriminação às pessoas jurídicas.

Palavras-chave – Direito Fundamental; Pessoas Jurídicas; Lesões a direitos difusos e Coletivos; Não Autoincriminação.

ABSTRACT

This research investigates the applicability of the principle of non-self-incrimination to legal entities. Being a rule of fundamental right, the principle is provided in our legal system in art. 5, LVII, FC, as well as in the criminal procedural legislation in art. 186 of the CCP. The principle of non-self-incrimination is elaborated and settled in the face of a historical construction, of remote origin, but has an initial mark in the United Kingdom, in response to the reactions to inquisitorial practices. In Brazil, only in 1889, with the proclamation of the Republic, was recognized the right of the accused to remain silent. In this regard, establishing the right of non-self-incrimination as a fundamental guarantee, the research goes through an approach to the historical construction of fundamental rights, which were initially designed to protect citizens from state arbitrariness. Fundamental rights, as norms, bring the essential values of each community and are limited to time and space. The norm is this vehicle that drives the values, radiates and reaches the entire legal order. In this sense, the research emphasizes the applicability of the principle of non-self-incrimination to legal entities, taking into account the characteristics of this norm of fundamental right and its compatibility with the juridical nature of legal entities, but such a verification involves the admission of the criminal responsibility of legal entities, which was recognized by art. 173 § 5 and 225 § 3 of the Federal Constitution of 1988, not ignoring the theoretical debate on the impossibility of criminal imputation to legal entities. Exploring these aspects, the research addresses the Criminal Procedure structured in the accusatory system as the instrument capable of guaranteeing to the legal entities, while accused, the right not to produce evidence that incriminates them. It is necessary to note the possible restrictions, both at the principle level and at the level of the rule, taking into account that no right is absolute. The research brings within this context the verification of the evolution of the criminal legal good and highlights the existence of supraindividual legal goods, which must be safeguarded and protected, in view of the foundation established in the Federal Constitution of 1988. After this investigation, it is maintained that the principle of non-self-incrimination applies to legal entities.

Keywords - Fundamental Law; Legal Entities; Injuries to diffuse and collective rights; No Self-incrimination.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

- ACTC – Acórdão do Tribunal Constitucional Português
- ADIn – Ação Direta de Inconstitucionalidade
- AGRESP – Agravo Regimental em Recurso Especial
- AJA – *Actualidad Jurídica Aranzadi*
- AP – Ação Penal
- ATC – *Autos del Tribunal Constitucional Espanhol*
- ATS – *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional Espanhol*
- BGH – *Bundesgerichtshof* (Tribunal Supremo Federal Alemão)
- BGHSt – *Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen* (Sentenças do Tribunal Supremo Federal Alemão)
- BNDG – Banco Nacional de Dados Genéticos Argentino
- BVerfG – *Bundesverfassungsgericht* (Tribunal Constitucional Federal Alemão)
- BVerfGE – *Bundesverfassungsgerichtsentscheidung* (Sentenças Tribunal Constitucional Federal Alemão)
- CADH – Convenção Americana sobre Direitos Humanos
- CE – Constituição Espanhola
- CEDH – Convenção Europeia de Direitos Humanos
- CNCrimyCorrFed – *Cámara Federal Criminal e Correccional de Capital Federal Argentina*
- CNPE – *Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico* (Corte Suprema de Justiça Argentina)
- CP – Código Penal
- CPP – Código de Processo Penal
- CPPBA – *Código Processual Penal de la Provincia de Buenos Aires*
- CPPN – *Código Processual Penal de la Nación Argentina*
- CPR – *Constitución Política de la República de Chile*
- CR – Constituição da República
- CRP – Constituição da República Portuguesa
- CSJN – *Corte Suprema de Justicia de la Nación – República Argentina*
- DJ – Diário de Justiça

FJ – Fundamento Jurídico
FFJJ – Fundamentos Jurídicos
HC – Habeas Corpus
HCEX – Habeas Corpus Extensão
HCML – Habeas Corpus Medida Liminar
HCPR – Habeas Corpus Pedido de Reconsideração
LECrim – *Ley de Enjuiciamiento Criminal Espanhola*
LGHeilBronn – *Landgericht HeilBronn* (Tribunal Distrital de Heilbronn)
LO – Lei Orgânica Espanhola
LPrP – *Lei Processual Penal Alemã*
MS – Mandado de Segurança
MSMC – Mandado de Segurança Medida Cautelar
MSPR – Mandado de Segurança Pedido de Reconsideração
NJW – *Neue Juristische Wochenschrift* (Nova Revista Semanal Legal)
NStZ – *Neue Zeitschrift für Strafrecht* (Nova Revista de Direito Penal)
RD – Régio Decreto
RE – Recurso Extraordinário
RESP – Recurso Especial
RHC – Recurso em Habeas Corpus
RJ – Repertório de Jurisprudência do Tribunal Supremo Espanhol
RJA – *Repertório de Jurisprudência Aranzadi*
RT – Revista dos Tribunais
RTC – Revista do Tribunal Constitucional Espanhol
SINADN – *Sistema Nacional de Registros de ADN Chileno*
SS – Sentenças
STC – *Sentença do Tribunal Constitucional Espanhol*
STC – *Sentença do Tribunal Constitucional Peruano*
STF – Supremo Tribunal Federal
StPO – *Strafprozessordnung* (Ordenação Processual Penal Alemã)
STS – *Sentença do Tribunal Supremo Espanhol*
TS – *Tribunal Supremo Constitucional Espanhol*
TEDH – Tribunal Europeu de Direitos Humanos
UNESCO – Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura
UNESP – Universidade do Estado de São Paulo

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	14
1- UMA ABORDAGEM DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA PERSPECTIVA DE SUA ABRANGÊNCIA AOS ENTES COLETIVOS	24
1.1 Ponderações sobre os direitos humanos e direitos fundamentais	24
1.2 Direitos fundamentais enquanto proteção contra o próprio poder do Estado.....	27
1.3 Direitos fundamentais, cláusulas de barreiras invioláveis	31
1.4 Normas enquanto regras e princípios	37
1.5 Normas de Direitos fundamentais e aplicabilidade às pessoas jurídicas	44
2- ORIGENS, EVOLUÇÃO E OS FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DO PRINCÍPIO <i>NEMO TENETUR SE IPSUM ACUSARE</i>	50
2.1 Direito Romano	53
2.2 Direito canônico	54
2.3 Common Law	55
2.4 Fundamentos constitucionais e previsão legal da não autoincriminação	57
2.5 A Aplicação do princípio da não incriminação no Direito Estrangeiro	59
2.6 Contornos internacionais do direito da não autoincriminação	62
2.7 Aplicação do direito da não autoincriminação em países anglo-americanos.....	65
3- A CONTEMPORANEIDADE E A RESPONSABILIDADE PENAL DAS PESSOAS JURÍDICAS	69
3.1 O ente coletivo e a punição penal	69
3.2 Origem e evolução legislativa das pessoas jurídicas	71
3.3 Natureza e seus requisitos e Classificação das pessoas jurídicas	73
3.4 Os entraves para a responsabilidade penal das pessoas jurídicas.....	76
3.5 Responsabilidade penal das pessoas jurídicas.....	80
3.6 A Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica no cenário jurisprudencial pátrio.....	83
3.7 Aspectos relevantes da responsabilização penal da pessoa jurídica na legislação brasileira	85

4- A APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO ÀS PESSOAS JURÍDICAS.....	89
4.1 A dinâmica do ônus probatório no processo penal constitucional democrático.....	89
4.2 Da observância ao núcleo essencial do direito da não autoincriminação	94
4.3 As restrições justificadas ao princípio da não autoincriminação	96
4.4 Restrições no nível da regra	98
4.5 Restrição do direito da não autoincriminação por outros princípios	101
4.6 Lesões a direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.....	106
4.7 A Relevância e a proteção dos bens jurídicos transindividuais.....	111
CONSIDERAÇÕES FINAIS	118
REFERÊNCIAS.....	124

INTRODUÇÃO

As pessoas jurídicas atuam e desempenham funções essenciais na atual sociedade, exercendo atividades em todos os setores da comunidade, ao gerar empregos, com destaque no setor econômico, e sujeitos a deveres e obrigações perante o ordenamento jurídico vigente.

Todas suas ações provocam uma repercussão na comunidade em que estão inseridas. Assim, preocupa-se este trabalho em verificar a aplicabilidade do direito fundamental da não autoincriminação às pessoas jurídicas, conferindo-se uma relevância significativa à pesquisa, principalmente diante da lacuna legislativa quanto à possibilidade de uma abrangência desta norma para o direito fundamental destas entidades.

Foi no início da Idade Média que se firmou o sistema processual inquisitório que, ao manipular os meios de provas, empregava a tortura e demais meios insidiosos para conseguir uma confissão, então considerada prova máxima. Tendo em vista que o interrogatório era considerado meio de prova, tal classificação impedia que fosse conferida ao acusado a faculdade de permanecer em silêncio, devendo ele, portanto, responder a todas as inquirições emanadas do poder instituído. Portanto, durante muito tempo, ao acusado não se reconheciam quaisquer garantias processuais. Violando a sua integridade psíquica, física e moral, o poder inquisitório, que de modo parcial recorria à prática da tortura para a obtenção da confissão, sentenciava penas que, não raras vezes, sequer se comparavam às crueldades experimentadas durante a fase de investigação e instrução.

O princípio da não autoincriminação foi edificado sob a égide do Estado Iluminista com vistas a afastar os excessos cometidos pelo Estado e a proteger os direitos fundamentais do indivíduo, contra as coações físicas e morais praticadas pelo Estado Absolutista. O *nemo tenetur se detegere* foi pouco a pouco se sedimentando, e não tardou a ser incorporado benevolmente aos ordenamentos jurídicos modernos.

No entanto, em virtude de a garantia da não autoincriminação não estar assegurada às pessoas jurídicas, este trabalho desenvolve um caminho capaz de lhes afiançar a aplicabilidade desta norma de direito fundamental, destacando-se

possíveis restrições da norma, ao levar em consideração a natureza do ente coletivo.

Na atualidade, as pessoas jurídicas já detêm capacidade processual de responder criminalmente por condutas consideradas delituosas, previsão legal incluída nos arts. 173 §5º e 225 §3º da Constituição Federal; por outro lado, não obstante a aplicabilidade da norma constitucional do princípio da não autoincriminação às pessoas físicas, existe uma ausência de produção legislativa deste princípio às pessoas jurídicas, o que provoca grandes discussões doutrinárias e jurisprudenciais.

Existem questões que se encontram abertas sobre o tema, haja vista que o direito da não autoincriminação como um direito fundamental foi desenvolvido diante de uma relação estabelecida entre Estado e pessoa humana, e a análise proposta neste trabalho é elaborada diante da verificação da irradiação deste direito fundamental às pessoas jurídicas.

Desta forma, o Estado, diante de seu dever de punir os ilícitos na seara penal, constitui barreiras intransponíveis impostas para o exercício do *ius puniendi*, que passa da devida compreensão da dimensão dos valores e dos direitos fundamentais veiculados no pacto social, passíveis de se irradiar a todos os ramos do ordenamento jurídico, sendo possível assim a aplicação às pessoas jurídicas o princípio da não autoincriminação.

Preliminarmente, a pesquisa propõe uma compreensão histórica da evolução e das conquistas estabelecidas na elaboração da doutrina dos direitos humanos, que posteriormente foi assumindo em cada texto constitucional uma moldura intitulada direitos fundamentais, que deu o norte e a direção para os limites contemporâneos ao exercício do dever e o poder ao Estado de punir as pessoas jurídicas.

Aqui reside um dos pontos centrais desta pesquisa. Diante da sujeitabilidade das pessoas jurídicas de cometer ilícitos, elas poderiam invocar uma norma de direito fundamental perante o Estado, quando da persecução penal.

Busca-se considerar aqui não apenas uma dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, mas percorrer a construção jurídica proposta na dimensão objetiva, endossada na análise da natureza jurídica das pessoas jurídicas, estabelecida na sua função econômica e social.

Depois de escolhido o tema da pesquisa e demonstrar sua importância, relevância e a lacuna que será preenchida, o trabalho oportunamente procurou abordar aquilo que já foi produzido, que perfaz a fronteira do conhecimento até aqui sedimentado sobre este assunto. Nesta toada, será necessário ainda afiná-la, circunscrever a investigação.

Um primeiro critério utilizado para o desenvolvimento do trabalho foi o espacial, por ser a pesquisa social eminentemente empírica, sendo necessário delimitar o *locus* da observação, ou seja, o local onde o fenômeno em estudo ocorreu.

Outro critério da delimitação foi o temporal, verificando-se o período em que o fenômeno que fora estudado estava circunscrito, com o que se evidenciou a série histórica deste fenômeno¹.

A delimitação deste tema procurou definir seu “campo de observação²”, que comportou, além do local (recorte espacial), as circunstâncias (recorte temporal)³.

Não há a pretensão de esgotar o tema, porém a presente proposta de trabalho busca compreender, a partir de uma norma de direito fundamental - qual seja, da garantia da não autoincriminação -, sua efetiva aplicabilidade às pessoas jurídicas, diante da violação de direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, dentro de uma mesma correlação de tratamento destinado às pessoas físicas.

Questões pertinentes ao tema serão abordadas com o decorrer do trabalho, relacionadas a seguir.

- a) Podem as pessoas jurídicas se valer dos efeitos da aplicação do princípio *nemo tenetur se detegere* quando praticarem uma conduta prevista que lese a coletividade?
- b) Quais são os limites, diante da indisponibilidade do interesse público e da necessidade social de reprimir e coibir as lesões, aos interesses massificados?
- c) A pesquisa comporta uma abordagem à mitigação do princípio da não autoincriminação, tanto por princípios jurídicos como por regras

¹ GIL, A. **Metodologia científica**. São Paulo: Ática, 2004, p.65

² RUDIO, F.V. **Introdução ao projeto de pesquisa científica**. 9. ed. Petrópolis: Vozes, 1985, p.63.

³ *Ibid.*, 63.

estabelecidas no ordenamento jurídico vigente, uma vez que o exercício deste princípio em sua plenitude poderia acarretar uma inviabilização da persecução penal.

A origem do princípio da não autoincriminação será revisitado, observando-se sua gênese com seus consectários, limites e aplicabilidade, mas antes será proposto o desenvolvimento de bases que estabelecem o caráter deontológico e epistemológico, considerando-se sua função dentro do ordenamento jurídico, o que possibilitará a restrição ou não do direito a não autoincriminação às pessoas jurídicas, quando praticarem conduta lesivas.

A análise e classificação pretende também estabelecer a essência dos direitos e interesses coletivos, na medida em que faz uma abordagem nas três categorias, que foram definidas no Art. 81 do Código de Defesa do Consumidor:

- i) Difusos, de natureza transindividual, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato,
- ii) Coletivos, transindividuais de natureza indivisível, de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base. E, por fim, direitos individuais homogêneos, que são essencialmente individuais, mas com uma pluralidade de pessoas e uma origem comum⁴.

Pela relevância do tema, não se deixaram de verificar as divergências quanto à responsabilidade penal das pessoas jurídicas, procurando um detalhamento das dificuldades enfrentadas pela doutrina, mas sempre diante do alicerce e da possibilidade proporcionada pelo ordenamento pátrio.

O problema apresentado na pesquisa não escapa da observação da dificuldade teórica prática de estabelecer um conhecimento capaz de encontrar a solução,⁵ haja vista que as lesões provocadas por pessoas jurídicas geralmente trazem uma grande repercussão social, econômica, política, o que foi constatado com maestria por Aloiso de Castro Mendes.

⁴ BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Brasília: Senado Federal, 1990.

⁵ LAKATOS, E.M.; MARCONI, M.A. **Metodologia do Trabalho Científico**. São Paulo, Atlas, 2002, p. 27.

A diferença é que, na atualidade, tanto na esfera da vida pública como privada, as relações de massa expandem-se continuamente, bem como o alcance dos problemas correlatos, fruto do crescimento da produção, dos meios de comunicação e do consumo, bem como do número de funcionários públicos e de trabalhadores, de aposentados e pensionistas, da abertura de capital das pessoas jurídicas e conseqüente aumento do número de acionistas e dos danos ambientais causados. Multiplicam-se, portanto, as lesões sofridas pelas pessoas, seja na qualidade de consumidores, contribuintes aposentados, servidores públicos, trabalhadores, moradores etc., decorrentes de circunstâncias de fato de relações jurídicas comuns.⁶

Não obstante a constatação de condutas lesivas por partes das pessoas jurídicas, estas podem e devem buscar exercer seu direito de defesa, haja vista que podem se valer, em determinadas circunstâncias e dentro dos limites do ordenamento jurídico, das garantias estabelecidas do princípio da não autoincriminação.

Surgem neste caminho algumas indagações. Pessoas jurídicas, quando ao praticar condutas penalmente relevantes e lesivas, podem usufruir do princípio insculpido constitucionalmente no art. 5º, inc. LXIII, da Constituição Federal de 1988, não colaborando com a investigação ou a instrução criminal? A norma de direito fundamental se estende às pessoas jurídicas, e quais são os limites de sua aplicabilidade? A partir destes questionamentos surgem respostas que repercutem de forma significativa no ordenamento jurídico brasileiro.

O estudo aponta também a dificuldade da responsabilização penal da pessoa jurídica, um ponto que por si só não traz um consenso quanto a sua aplicabilidade e esbarra em um forte posicionamento alicerçado no Direito Penal da impossibilidade da imputação penal a pessoa jurídica, diante da ausência da responsabilidade penal subjetiva, de culpabilidade e da pessoalidade da pena, o que refletiria todas as sanções e penas apenas na pessoa do empresário, mesmo em lesões aos interesses massificados.

De outro lado, a pesquisa demonstra que a máxima “*societas delinquere non potest*” (a sociedade não pode delinquir) se encontra muito relativizada, principalmente diante da atual realidade, tendo-se em vista que a própria Constituição Federal de 1988, descreve a possibilidade da responsabilidade em crimes econômicos e ambientais, somando-se o fato de que a irresponsabilidade

⁶ MENDES, A.C. **Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional**. 4 ed. São Paulo. Revista dos tribunais, 2014, p.35.

penal da pessoa jurídica inviabilizaria sua responsabilidade penal, gerando-se um sistema de impunidade.⁷

Tais indagações procuraram por uma resposta calcada em uma investigação que considere uma análise dos direitos fundamentais e buscaram diferenciar normas e princípios, conceituando-os e distinguindo-os, pelo que houve uma contribuição para a solução do problema, dentro de um efeito estabilizador peculiar dos direitos fundamentais⁸, observando-se a aplicação do princípio da não autoincriminação às pessoas jurídicas.

Empregou-se uma análise aos termos aqui explorados, em que se estabeleceu uma clareza analítica-conceitual como condição para aplicar no plano do “deve ser”, como também no campo do “ser”, os valores veiculados na norma de direito fundamental do princípio da não autoincriminação, estabelecidos na constituição Federal de 1988, às pessoas jurídicas.

Limita-se a presente proposta de pesquisa, por meio de um estudo exploratório de caráter bibliográfico qualitativo, a levantar informações acerca da aplicação do princípio da não autoincriminação em ilícitos praticados por pessoas jurídicas quando suas condutas lesarem direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Tem como objetivo geral analisar a aplicação do princípio da não autoincriminação em ilícitos praticados por pessoas jurídicas quando suas condutas lesarem direitos e interesses difusos, coletivos. Por outro lado, a pesquisa traz como objetivos específicos:

- a) conceituar, a partir da literatura, a origem dos direitos fundamentais e a possibilidade de aplicabilidade às pessoas jurídicas;
- b) demonstrar a diferença de princípios e regras, observando-se a origem e difusão do princípio da não autoincriminação;
- c) determinar as origens e os fundamentos constitucionais do princípio da não autoincriminação;
- d) verificar a aplicabilidade do princípio da não autoincriminação às pessoas jurídicas;

⁷ GRINOVER, A.P.; BENJAMIN, A.H.V.; FINK, D.R.; FILOMENO, J.G.B.; KAZUO, W.; NERY, N. Jr.; DENARI, Z. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**. 8 eds. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, p.623.

⁸ MENDES, A.C. op. cit., p. 624.

- e) estabelecer as possíveis restrição e mitigação do *Nemo tenetur se detegere* ou *Nemo tenetur se ipsum accusare* em ilícito cometido por pessoas jurídicas.

A metodologia da dissertação se deteve em uma boa revisão de literatura que proporcionou ao pesquisador contextualizar o problema apresentado em um modelo teórico mais amplo,⁹ pelo que se conferiu uma importância fundamental à base teórica, que estabeleceu uma sustentação às análises resultantes da pesquisa¹⁰.

Partindo destes pressupostos¹¹, a elaboração da presente proposta de trabalho científico tem como alicerce a análise e a seleção bibliográfica de textos, jurisprudência e de sites atuais que abordam o direito fundamental da não autoincriminação e sua aplicabilidade às pessoas jurídicas.

Trata-se ainda o presente estudo de uma revisão integrativa da literatura referente à produção do conhecimento sobre o princípio da não incriminação às pessoas jurídicas quando cometem ilícito a direitos coletivos.

Tal método viabiliza a análise das pesquisas e identificação de lacunas do conhecimento que precisam ser preenchidas. Trata-se de uma pesquisa de abordagem qualitativa de caráter exploratório, em que será procurado mostrar aspectos subjetivos e atingir motivações não explícitas, ou mesmo conscientes, de maneira espontânea, que se utilizam quando se buscam percepções e entendimento sobre a natureza geral de uma questão, abrindo-se espaço para a interpretação.¹²

Alguns estudos utilizaram metodologia semelhante à pretensão da presente proposta, mas, como não se trata de um tema novo, várias abordagens a questões levantadas neste trabalho são fundamentadas em outros estudos, que são usados como substrato à discussão oferecida, na perspectiva de preencher as lacunas existentes.

A fundamentação teórica constitui um capítulo à parte no estudo como um todo, porque é de grande importância no campo das pesquisas.

⁹ MOREIRA, H. CALEFFE. L.G. **Metodologia da pesquisa para o professor pesquisador**. 2. ed. São Paulo: DP&A, 2008, p.27

¹⁰ FLICK, U. **Introdução à pesquisa qualitativa**. 3.ed. Porto Alegre: Artmed, 2009, p.27.

¹¹ Segundo Severino, a pesquisa bibliográfica e/ou fundamentação teórica constitui o procedimento básico para os estudos monográficos, pelos quais se busca o domínio do estado da arte sobre determinado tema SEVERINO, A.J. **Metodologia do trabalho científico**. 22 eds., São Paulo: Cortez, 2002, p.48.

¹² LAKATOS, E.M.; MARCONI, M.A. op. cit., p. 56

Dentro desta problematização, a pesquisa começa a percorrer a origem da garantia do princípio da não autoincriminação a ser invocada pelas pessoas jurídicas, este sendo localizado na ordem jurídica na relação estabelecida entre o repúdio da arbitrariedade do poder punitivo por exigir a contribuição das pessoas físicas para a produção da prova incriminatória.

A parti daí começa a ser possível delimitar os contornos do direito da não autoincriminação, com um destaque especial para as bases históricas que fundamentaram os direitos fundamentais na perspectiva indivíduo e Estado e analisando-se como estas normas poderiam agora ser irradiadas às pessoas jurídicas, por se tratarem de uma abstração criada pelo ordenamento jurídico.

A pesquisa estabelece de forma sistemática a forma de compatibilizar e conferir a irradiação das normas de direitos fundamentais, para o que se buscam experiências estrangeiras e pátrias que desenvolveram esta construção teórica capaz de proporcionar o direito da não autoincriminação às pessoas jurídicas.

Para verificação deste alcance do direito da não autoincriminação, tornou-se fundamental o enfrentamento de suas possíveis restrições no nível das regras estabelecidas no ordenamento jurídico vigente, como também em princípios jurídicos que permeiam nosso arcabouço normativo jurídico.

Para que fossem possíveis as soluções do problema, foram elaborados e confeccionados quatro capítulos no intuito de obter uma fundamentação teórica capaz de dar sustentação ao resultado alcançado nas considerações finais, sendo finalizada assim uma etapa, agregando-se o resultado nos capítulos subsequentes.

O primeiro capítulo cuidará de trazer uma abordagem histórica dos direitos fundamentais, dentro da perspectiva em que foram criados e desenvolvidos. Em seguida, será feita uma verificação das estruturas das normas de direitos fundamentais, enquanto regras e princípios, atentos aos debates doutrinários que investigam as peculiaridades e destacam os elementos que compõem suas respectivas estruturas.

Esse capítulo traz uma abordagem da construção histórica dos direitos fundamentais, na perspectiva Estado e indivíduo, com demonstração das condições fáticas e jurídicas da possibilidade da aplicação das normas de direitos fundamentais às pessoas jurídicas, dentro de uma relação definida entre a compatibilidade da norma a ser aplicada e a natureza jurídica do ente coletivo.

O segundo capítulo, diante da sedimentação e consolidação da possibilidade da aplicabilidade das normas de direitos fundamentais à pessoa jurídica, inicia uma investigação da origem do princípio da não autoincriminação. Verifica-se a origem histórica do princípio da não autoincriminação e o contexto do seu desenvolvimento.

Os fundamentos do sistema acusatório são fundamentais para destacar a penetração do princípio como um direito fundamental, uma vez que existe uma compatibilidade deste sistema com o suporte fático do direito em análise.

Percorre-se a fundamentação constitucional da garantia constitucional da não autoincriminação, desde de sua gênese nos ordenamentos jurídicos brasileiros, e se chega à análise da aplicação do direito da não autoincriminação em outros países, verificados seus respectivos contornos internacionais.

No terceiro capítulo, após a sedimentação tanto da norma de direito fundamental às pessoas jurídicas como a investigação da garantia constitucional da não autoincriminação, a pesquisa passa a delinear a origem e os fundamentos das pessoas jurídicas. Observa-se neste ponto a origem das pessoas jurídicas, em que se atribuem deveres e direitos perante o ordenamento jurídico.

Neste capítulo, a pesquisa ainda propõem constatar o debate intenso quanto à responsabilização penal, sob as bases teóricas e doutrinárias da possibilidade da responsabilização penal dos entes coletivos.

Permite verificar as críticas no que tange à possibilidade da imputação penal, com destaque para a construção histórica da responsabilidade penal das pessoas jurídicas no Brasil, como também em outros países, e traz finalmente o posicionamento da jurisprudência pátria.

O capítulo que finaliza o caminho percorrido pela pesquisa, após ter elaborado toda a construção da garantia constitucional da não autoincriminação, destaca a possibilidade de sua aplicação às pessoas jurídicas e verifica o processo democrático como instrumento capaz de propiciar a irradiação do princípio aos entes coletivos.

A partir destas investigações, a tese estrutura a aplicação deste direito, mediante o processo de objetivação das normas de direitos fundamentais, e constata a possibilidade desta aplicação às pessoas jurídicas; nesse capítulo apresentam-se as restrições do direito, seja no plano da norma como também dos princípios.

Usa-se, assim, fundamentação teórica e jurisprudencial, visando à solução desta problematização. Ganham relevo os apontamentos doutrinários e as

peculiaridades da definição dos bens jurídicos transindividuais, uma vez que são considerados direitos fundamentais.

Consolidada a pesquisa, verificou-se o tratamento destinado em outros países quanto à aplicação do direito da não autoincriminação às pessoas jurídicas.

Foram feitos os respectivos levantamentos, e levaram-se em consideração as polêmicas em torno do tema, como a possibilidade da aplicação das normas de direitos fundamentais às pessoas jurídicas, especificamente, o direito da não autoincriminação, diante da investigação da possibilidade e da capacidade da pessoa jurídica de responder penalmente, e, oportunamente, foram verificadas as restrições ao princípio da não autoincriminação.

Apresentada a análise sugerida pela pesquisa consubstanciada na produção desta investigação - que pesquisou a aplicação do princípio da não autoincriminação às pessoas jurídicas, uma garantia constitucional capaz de dar efetividade e assegurar a mesma proteção destinada às pessoas físicas -, constata-se a possibilidade da aplicação da norma de direito fundamental da não autoincriminação às pessoas jurídicas.

1- UMA ABORDAGEM DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA PERSPECTIVA DE SUA ABRANGÊNCIA AOS ENTES COLETIVOS

Alguns estudos utilizaram metodologia semelhante à presente proposta de pesquisa, e, por se tratar de um assunto sempre atual, várias abordagens levantadas neste trabalho são fundamentadas em outros estudos, os quais são usados para dar substrato à discussão oferecida a fim de evitar possíveis lacunas. A fundamentação teórica constitui um capítulo à parte no estudo como um todo, considerando-se que são de grande importância no campo das pesquisas.

O presente capítulo faz uma análise dos direitos fundamentais como normas capazes de limitar a intervenção do poder Estatal. Assim, será observada a construção histórica que sedimentou os alicerces da proteção contra o arbítrio do poder, uma vez que, para tal aplicação às pessoas jurídicas, tais limites tiveram primeiramente que ser estabelecidos na relação entre Estado e indivíduo, substrato que deu sustentação a uma sólida doutrina.

1.1 Ponderações sobre os direitos humanos e direitos fundamentais

Norberto Bobbio contribuiu para o debate de toda a construção teórica dos fundamentos do direito do homem. Ressaltou a possibilidade da imprecisão do termo, direitos humanos, e destacando obstáculos intransponíveis, apesar de todo o esforço da doutrina para tentar formular uma base sólida quanto à definição do termo “direitos humanos”¹³.

Em seu ensaio, Bobbio¹⁴ levanta alguns questionamentos, tais como: seriam os direitos dos homens aqueles que lhes pertencem ou aqueles que poderiam pertencer? Direitos dos homens são aqueles que não podem ser subtraídos de nenhum deles? Direitos dos homens são os imprescindíveis para o desenvolvimento da civilização?

O autor argumenta que tais definições esbarram sempre em uma avaliação subjetiva, e o resultado depende da posição ideológica do intérprete da análise.

¹³ BOBBIO. N. **A Era dos Direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro, 19ª reimpressão, Elsevier 1992. Constituída por quatro ensaios. São Paulo: Atlas, 2010, p.23.

¹⁴ Ibid., p. 24.

Propõe que não existem direitos fundamentais por natureza, uma vez que não são estáveis e dependem das condições histórica e fáticas.

Direitos que foram declarados absolutos no final do século final XVIII, como a propriedade *sacare et inviolable*, foram submetidos a radicais limitações nas declarações contemporâneas como os direitos sociais, são agora proclamados com grande ostentação nas recentes declarações. Não é difícil prever que, no futuro, poderão emergir novas pretensões que no momento nem sequer podemos imaginar, como direito de portar armas contra a própria vontade, ou o direito de respeitar a vida também dos animais e não só dos homens. O que prova que não existem direitos fundamentais por natureza.¹⁵

Bobbio destaca que, na realidade, a grande missão é buscar a defesa dos direitos, e não tentar justificá-los. Portanto, não é possível buscar um fundamento absoluto, mas em cada caso concreto devem-se identificar outras possibilidades, amparando-se nas condições e meios em que se desenvolvem.

As ponderações iniciais nesta pesquisa consideram as conquistas políticas dos direitos humanos, que foram sedimentadas em intrínsecos movimentos de resistência humana, seja intelectual ou por meios de lutas e guerras que almejavam a libertação de posições supressoras do respeito e da dignidade dos povos.

As condições mínimas para o desenvolvimento de cada pessoa na sociedade em que está inserida baseiam-se na proteção da dignidade,¹⁶ na liberdade e na garantia à igualdade, “que devem ser respeitados pelo simples fato de sua humanidade”¹⁷ compondo o rol básico de valores constantes nos direitos humanos.

Os direitos humanos são indispensáveis para o desenvolvimento do ser humano. Nesta perspectiva, pelo reconhecimento da dignidade humana¹⁸ conjuntamente com a observação do tratamento igualitário - já que na essência todos os seres humanos são iguais, e também da liberdade, compondo-se o tripé básico capaz de proporcionar o desenvolvimento de cada cidadão ao lhe garantir e assegurar as condições mínimas para viver em sociedade, como foi muito bem

¹⁵ BOBBIO. N. op. cit. p.26.

¹⁷ COMPARATO, F.K. **Afirmção Histórica dos Direitos Humanos**. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p.13

¹⁸ Daí decorre, como assinalou o filósofo, que todo o homes tem dignidade e não um preço, com as coisas. A humanidade como espécie, e cada ser humano em sua individualidade, é propriamente insubstituível: não tem equivalente, não pode ser trocado por coisa alguma. COMPARATO, F.K. Ibid., p.21.

lembrado por Belisário dos Santos Júnior – os direitos humanos “são aqueles essenciais, sem os quais não se reconhece o conceito de vida”.¹⁹

O reconhecimento da positivação de normas de direitos humanos, por outro lado, potencializa o desenvolvimento desta relação estabelecida no dever do Estado de garantir as mínimas condições capazes de assegurar ao indivíduo o respeito a sua dignidade, tornando-se necessário que todos os participantes do pacto social respeitem a liberdade e a igualdade, de modo a garantir o desenvolvimento da pessoa humana de forma integral.

São empregadas inúmeras expressões para denominar os direitos fundamentais: *direitos humanos, direitos individuais, liberdades fundamentais, direitos fundamentais do homem, direitos públicos subjetivos*.²⁰ Contudo, as imprecisões terminológicas não têm afetado seus efeitos práticos.

Não é possível maior compreensão dos direitos humanos e dos direitos fundamentais se eles não forem relacionados com a história, uma vez que não surgiram repentinamente, mas sim a partir de uma construção no decorrer dos séculos. São resultado não apenas de pesquisas acadêmicas de bases teóricas, mas especialmente de esforços e lutas contra o poder, conforme leciona Norberto Bobbio:

[...] os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizados por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas.²¹

Nesta mesma toada, José Joaquim Gomes Canotilho pontua que o problema que se coloca a respeito dos direitos fundamentais encontra-se localizado no cenário da história política, ou seja, no local globalizante, em que:

[...] as ideias são capturadas, bem como as mentalidades, o imaginário, a ideologia dominante a consciência coletiva, a ordem simbólica e a cultura política.²²

¹⁹ BELISÁRIO, S.Jr. **Direitos Humanos Priorizados pela Justiça**, Revista da Faculdade de Direito das Faculdades Metropolitanas Unidas, ano 10, n.º 14, junh.1996, p.282.

²⁰ SILVA, J.A. **Curso de direito Constitucional**. 38ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p.177.

²¹ BOBBIO, N. op. cit., p.5.

²² CANOTILHO, J.J.G. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. Coimbra Editora, 2004, p.9.

A distinção existente entre direitos humanos e direitos fundamentais atualmente reside na normatização e institucionalização dos direitos considerados essenciais para determinada comunidade, o que foi reverberado por Canotilho:

Direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jus naturalista-universalista); direitos fundamentais são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaço-temporalmente. Os direitos do homem arrancariam da própria natureza humana e daí o seu carácter inviolável, intemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objetivamente vigentes numa ordem jurídica concreta.²³

Após se tornarem normas positivas em determinado ordenamento, recebem classificação de direitos fundamentais. Já os direitos humanos são normas fundamentais imprescindíveis e indispensáveis à condição humana, mas que não estão institucionalizados. Oportunamente, podem estar inseridos no ordenamento jurídico.

1.2 Direitos fundamentais enquanto proteção contra o próprio poder do Estado

Segundo José de Mello Alexandrino, o constitucionalismo moderno não pode ser estudado sem levar em consideração a evolução dos direitos fundamentais, bem como o papel que estes representam atualmente. O ser humano é o centro de tudo, e é por ele e para ele que a sociedade evolui. Independentemente de se os direitos fundamentais são inatos ou foram conquistados por meio de luta, todos se unem e se complementam²⁴.

Além disso, observa-se que os direitos fundamentais de acordo com as vertentes que são escolhidas para tratar o tema, seja em análises éticas, filosóficas, históricas, jurídicas ou políticas, apresentam fundamentações distintas. Consequentemente, o que parece fundamental em uma época histórica e determinada civilização não é primordial em outras épocas e em outras culturas.²⁵

²³ CANOTILHO, J.J.G. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 7ª ed., 2004, p.393.

²⁴ ALEXANDRINO, J.M. **Direitos Fundamentais: introdução geral**. Estoril: Principia, 2007. p. 9-10.

²⁵ _____. **A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na constituição portuguesa**. Coleção Teses, 1 vol.: raízes e contexto e 4 vols.: a construção dogmática. Coimbra: Edições Almedina SA, 2006, p.1.

Os direitos fundamentais não podem ser compreendidos como fruto das estruturas do Estado, mas dá vontade de todos. O Estado de Direito Democrático exige os direitos fundamentais, e vice-versa. Constitucionalmente, os direitos fundamentais têm uma função democrática; ao mesmo tempo que tal Estado pressupõe e garante os direitos fundamentais, proporciona uma legitimidade ao poder.

As normas de direitos fundamentais compõem um variado conjunto de liberdades e garantias estabelecidas a serviço da autonomia e do livre desenvolvimento das pessoas na sociedade política em que estão inseridas²⁶.

Sua origem está na luta do ser humano para assegurar limites na intervenção da esfera pessoal do cidadão ou para garantir as condições mínimas de existência no Planeta.²⁷

O presente tópico pretende demonstrar a construção dos direitos fundamentais. No primeiro momento, será realizado diante da abstenção da imposição Estatal na esfera pessoal, que se vê obrigado a reconhecer valores que foram construídos por uma determinada sociedade em um determinado momento.

Por vezes, frutos de ruptura drástica, outras, estabelecidos no consenso, mediante transições axiológicas de determinada comunidade. Tal construção estabelece quais são os valores mínimos que devem ser protegidos neste pacto social diante de uma essencialidade, prescrevendo as cláusulas de barreiras entre o cidadão e o poder soberano, o qual se originou em períodos longínquos.

No direito Hebraico, um direito religioso já buscava delimitar e resguardar a condição humana, garantindo limitações à esfera privada. O pentateuco-decálogo (Dt 5, 1 – 22) e os dez mandamentos bíblicos já continham imposições de regras de limitação objetiva do poder soberano e, assim, resguardavam e efetivavam os direitos humanos na sociedade judaica. Karl Loewenstein, disserta que a primeira Constituição teria surgido ainda na sociedade hebraica, com a instituição da “Lei de Deus” (*Torah*), a qual limitava o poder dos governantes, chamados naquela época de Juízes.²⁸

²⁶ PEREIRA, J.R.G. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais**: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2006, p.123.

²⁷ SILVA, J.A. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 21 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p.5.

²⁸ LOEWENSTEIN, K. **Teoría de La Constitución**. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1928. p.43

Na Grécia, não havia uma única concepção para o termo “Lei”, mas já havia uma distinção de Lei da Natureza *Physis* e Lei Humana *Nómos*. O pensamento filosófico grego desenvolveu premissas em que construiu a divisão entre direito natural e direitos básicos, já presentes entre os sofistas e estoicos.

Houve ali um marco divisório para a primazia da lei escrita, *nomos engraphon*, que coexistia com a lei não escrita *nomos ágraphon*, que alcançou um destaque frente ao indivíduo, conforme relato de Fábio Konder Comparato, que afirmou que “para os atenienses, a lei escrita era o grande antídoto contra o arbítrio Governamental”.²⁹

Neste período, mais precisamente em 452 a.C, surgiu também a Lei das Doze Tábuas, *Lex Duodecim Tabularum*, que previa ideais de liberdade, trazia a proteção de direitos e ainda continha uma inovação do registro escrito da letra da lei: contou com mais duas tábuas que atendiam às reivindicações dos plebeus, cujos direitos não haviam sido contemplados anteriormente.

Posteriormente, depois do declínio do poder das relações feudais, constatam-se instrumentos de proteção dos direitos que buscavam limitar o poder do Estado. Na Inglaterra, sec. XI, perante os resultados da reconstrução do poder que estava sendo formado, fica patente o declínio do poder das relações feudais. O Imperador Carolíngio e o Papa passaram a exercer um abuso em suas ações, que levaram a movimentos descontentes, já que queriam o controle e a unidade política.

Em junho de 1215, foi elaborado um documento memorável, a *Magna Charta Libertatum*, outorgada pelo “Rei João Sem-terra”, que, determinadamente, garantiu garantias à propriedade e possibilitou os direitos civis, (*due process of law e o law of the land*). Em tal registro foi declarado que ninguém poderia ser privado do seu direito à vida, liberdade ou propriedade, a não ser com devido processo legal de seus pares ou pela lei da terra, o que foi seguido pelo não menos importante “*Habeas Corpus Act – 1679*”. Este último garantiu o devido processo legal, mesmo que fosse apenas aos nobres, ao resguardar as liberdades civis clássicas, seguidas pela *Petition of Rights*, 07 de junho de 1628.

A *Bill of Rigts*, outro instrumento que limitava a penetração do poder estatal, previa a separação de poderes e fortalecimento do princípio da legalidade; continha ainda a proibição do Rei de suspender leis sem a anuência do parlamento,

²⁹ COMPARATO, F.K. op. cit., p.12.

consignado o direito de petição, liberdade de eleições de membros do parlamento e vedação de penas cruéis.

Em 16 de junho de 1701, foi elaborado o instrumento normativo *Act. Of settlement*, que reafirmou o princípio da legalidade e incluiu o impeachment de magistrados. Tais movimentos históricos buscaram limitar o poder, com grande destaque para o parlamento, que sedimentou uma monarquia constitucional e parlamentarista.

Nesta linha de limitação do poder do Estado, destaca-se também a declaração “Norte Americana” (1776), cujo cenário adornou tais momentos históricos de afirmação dos direitos humanos e da limitação do poder do soberano.³⁰ Em 1763, várias colônias já gozavam de liberdades políticas e econômicas, desencadeando uma série de fatores que impulsionavam a luta por movimentos revolucionários, como o esquecimento e descaso da Inglaterra e as medidas de taxaço econômica, que buscavam regular o comércio da colônia. Assim, ao tentar recobrar a autoridade junto a seu domínio, surgiram movimentos revolucionários que lutavam pela independência do jugo inglês.

Como consequência destes momentos de revolta das colônias, surgiu, em 1776, a “Declaração de Independência dos EUA”, com destaque também para a Declaração de Direitos da Virgínia em 1776 e a Constituição dos Estados Unidos da América em 1787, sendo seguidas pelas Constituições da Pensilvânia, 1776, Maryland, 1776, Vermont 1777, Massachusetts, 1780, e New Hampshire, 1783, instrumentos normativos que estabeleceram os limites do poder Estatal, que resguardavam os direitos civis contra o arbítrio do Estado e estabeleciam limitação do poder e supremacia da lei.

Por fim, e de fundamental importância, houve a Revolução Francesa (1789), um grande marco histórico com o fim do *ancien régime*. A configuração estamental da sociedade francesa efetuava um sistema de instituições muito questionadas, com privilégios exacerbantes de algumas classes sociais em detrimento do restante da população. Além disso, havia uma grave crise financeira que interferia na ascensão da burguesia, que tinha ainda o desejo de suprimir as inúmeras vantagens do clero e da nobreza.

³⁰ COMPARATO, F.K. op. cit., p.13.

Assim, convocaram-se os Estados Gerais, *États Généraux*, em 17 de junho de 1789, durante o reinado de Luís XVI, com a participação do clero, nobreza e representantes do terceiro estado.³¹ Tratou-se de uma luta incansável pela derrubada do *ancien régime*, que consagrou a revolução com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, com a proclamação dos direitos de liberdade, legalidade e igualdade e sedimentação das garantias defendidas pelo estado liberal, em que houve destaque à institucionalização dos direitos humanos pela Assembleia Nacional que promulgou a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em seu art. 1º, em que estabeleceu o respeito aos direitos humanos, ressaltando que: “os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem ter como fundamento a utilidade comum”³².

Com o estabelecimento da soberania popular, da igualdade e a possibilidade de o povo legislar para si mesmo, limitou-se o poder do soberano e estabeleceu-se uma relação de observação à dignidade, igualdade e respeito à liberdade dos súditos.³³

1.3 Direitos fundamentais, cláusulas de barreiras invioláveis

Em linhas gerais, os direitos fundamentais são baseados nos princípios dos direitos humanos, que garantem a liberdade, a vida, a igualdade, a educação, a segurança, etc., no entanto, o estabelecimento dos direitos fundamentais leva em consideração o contexto histórico-cultural de determinada sociedade, o que foi abordado no tópico anterior. Neste caso, por exemplo, os direitos fundamentais de diferentes países podem divergir de acordo com as particularidades culturais e históricas de cada civilização.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 determina os direitos fundamentais de todos os cidadãos do País, sejam eles natos ou naturalizados. Conforme a estruturação da Constituição, os Direitos e Garantias Fundamentais estão subdivididos em três núcleos principais: direitos individuais e coletivos; direitos sociais e da nacionalidade; e direitos políticos.

³¹ COMPARATO, F.K. op. cit., 14.

³² Ibid., p.15

³³ Ibid., p.16.

Entre alguns dos direitos fundamentais da Constituição Brasileira estão o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança, à educação, à saúde, à moradia, ao trabalho, ao lazer, à assistência aos desamparados, ao transporte, ao voto, entre outros.³⁴

Direitos fundamentais, enquanto condições mínimas para o desenvolvimento da sociedade, não podem ser violados e dentro do arcabouço jurídico de cada comunidade devem ser disponibilizadas as barreiras capazes de proporcionar uma intransponibilidade da intervenção estatal na esfera privada, garantindo-se as condições mínimas capazes de os proteger.

Em contrapartida, se existem barreiras intransponíveis para a atuação estatal, há, oportunamente, a legitimidade de uma resistência às intervenções por parte do indivíduo. Caso haja a usurpação do poder, cujas violações de posições jurídicas não estejam devidamente autorizadas no pacto social, produz-se um legítimo direito de resistência.

O texto constitucional não prevê todas as hipóteses de barreiras que impossibilitem restrições aos direitos fundamentais, e cabe ao legislador e judiciário que atuem de forma dinâmica para possibilitar que não se esvazie o conteúdo das normas de direitos fundamentais.³⁵

Estas Barreiras podem ser expressamente veiculadas nas normas constitucionais, consideradas barreiras diretamente constitucionais, que podem ser escritas e não escritas. Por exemplo: a cláusula prevista no art. 5º, inciso XI, da CF, comporta uma barreira diretamente constitucional. Assim, a restrição delimitada na cláusula “salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial”³⁶ configura uma barreira diretamente constitucional, haja vista que, preenchidas as condições previstas na norma de direito fundamental de defesa que o indivíduo tem frente ao Estado, transforma-se em um direito definitivo.

Os princípios, por sua vez, são as barreiras diretamente constitucionais não escritas, que podem restringir um direito fundamental em determinados casos,

³⁴ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

³⁵ HESSE, K. *Significado de los derechos fundamentales*. In: ____ BENDA et al. **Manual de Derecho Constitucional**. Editado e traduzido por Antonio Lopez Pina. Madrid: Instituto Vasco de Administración Pública Marcial Pons, Edições Jurídicas e Sociais, S.A., 1996, p. 109, n. m. 64.

³⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

quando ocorrerem colisões com outro princípio que garante um direito fundamental.³⁷

Normas infraconstitucionais que restrinjam direitos fundamentais são consideradas barreiras indiretamente constitucionais, que devem oportunamente estar relacionadas e sustentadas por princípios constitucionais. Caso esta respectiva norma infraconstitucional que venha restringir um direito fundamental não esteja amparada em princípios constitucionais, tal intervenção deve ser considerada inconstitucional, pois em qualquer intervenção devem ser respeitados a competência os princípios e valores do texto constitucional.³⁸

Para melhor compreensão das barreiras inseridas no texto constitucional, as quais foram abordadas anteriormente, há que se adentrar nos fundamentos do advento do constitucionalismo moderno, que desde o princípio pode ser observado em sua construção teórica com limites estabelecidos ao poder.

Tal restrição é verificada em algumas normas entabuladas para alicerçar a construção do pacto social, capazes de limitar a intervenção do poder soberano, conforme será abordado a seguir.

A respeito das características da inviolabilidade dos direitos fundamentais, Ricardo dos Reis Silveira³⁹, dentro do contratualismo, constrói uma fundamentação muito consistente e pertinente para o desenvolvimento da presente pesquisa. Nas premissas das teorias que formularam o contrato social, pressupõe-se a existência de limites da penetração do Estado na esfera privada, com a observação de que os direitos fundamentais atuam como estas cláusulas de barreiras,⁴⁰ sendo assim intransponíveis.

Dentro de uma visão contratualista da sociedade, foi observado por Ricardo dos Reis Silveira um caminho que buscou nas origens, nos motivos e fins do estabelecimento do pacto constitucional, bem como a sustentação e a demonstração da inviolabilidade dos direitos fundamentais. Assim, os direitos fundamentais são uma cláusula de barreira que assegura as garantias mínimas para a vida em

³⁷ ALEXY, R. **Teoria dos direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2014. p.282.

³⁸ Ibid., p.82-83.

³⁹ SILVA, J.B.; SILVEIRA, R.R. O Início da concepção dos direitos inalienáveis no Leviatã de Thomas Hobbes. **XXIV Encontro Nacional-Conpedi-UFS**, Florianópolis - Santa Catarina, SC, 2015.

⁴⁰ MENDES, G.F. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. 3ª edição, São Paulo: Saraiva, 1998, p. 4

sociedade. No entanto, paira uma controvérsia a respeito de até onde penetra a esfera de ação do Estado.

O advento do consenso geral, que formulou o pacto civil, estabeleceu uma série de imposições ao cidadão. Enquanto os súditos abriram mão de alguns direitos naturais, buscando principalmente sua própria conservação, mesmo diante desta outorga ao Estado dos seus direitos, foram preservadas garantias aos pactuantes.

A visão elaborada pela teoria do contrato social defendida por Thomas Hobbes, (1522), declara que deveria haver uma renúncia por parte dos homens dos seus direitos naturais e total submissão da vontade do homem à vontade do representante, o monarca; esta seria a condição da existência da sociedade.

Hobbes já previa, na observação da lei natural,⁴¹ a possibilidade de preservar direitos provenientes da natureza humana, sendo a proteção da vida a condição básica para a paz. No Estado absolutista, Hobbes disserta em que circunstâncias os súditos estariam autorizados a resistir ao soberano. Afirma ainda que a vida não está sob o poder Estado, constituindo-se, assim, uma barreira inviolável por parte do soberano.

Já o “Pacto Social”, defendido por Locke, foi elaborado observando-se uma neutralidade inicial do homem, que nasce em “perfeita liberdade e gozo incontrolado de todos os direitos e privilégios da natureza”.⁴² John Locke (1632) apresenta uma teoria diferente sobre o estado de natureza, mas ao mesmo tempo defende a inviolabilidade da liberdade e da propriedade⁴³, sendo tais valores os limites da penetração do Soberano.⁴⁴ O Estado seria o instrumento que possibilita a passagem

⁴¹ Lei natural - *lex naturalis* - é preceito ou regra geral, estabelecido pela razão, mediante o qual se proíbe a um homem fazer tudo o que possa destruir a sua vida, privá-lo dos meios necessários para preservá-la ou omitir aquilo que pense poder contribuir melhor para preservá-la. **O Leviatã**. São Paulo: Martin Claret, 2003, p.163.

⁴² LOCKE, J. **Segundo Tratado sobre o Governo Civil**. Tradução de Anor Aiex e E. Jacy Monteiro. São Paulo: Abril Cultural, 1978, p.67.

⁴³ Em que o bem da sociedade assim o requeira, cada um age dessa forma apenas com o objetivo de melhor proteger sua liberdade e sua propriedade (pois não se pode supor que nenhuma criatura racional mude suas condições de vida para ficar pior), e não se pode jamais presumir que o poder da sociedade, ou o poder legislativo por ela instituído, se estenda além do bem comum. **Ibidem**, p.165.

⁴⁴ “Cada vez que os legisladores tentam tomar ou destruir a propriedade do povo, ou reduzi-lo à escravidão sob um poder arbitrário, estão se colocando em um estado de guerra contra o povo, que fica, portanto, dispensado de qualquer obediência e é então deixado ao refúgio comum que Deus deu a todos os homens contra a força e a violência. Sempre que o legislativo transgredir esta regra fundamental da sociedade, e, seja por ambição, por medo, por tolice ou por corrupção, tentar dominar a si mesmo ou pôr as mãos em qualquer outro poder absoluto sobre as vidas, as liberdades e os bens do povo, por este abuso de confiança ele confisca o poder que o povo depositou em suas mãos, para fins absolutamente contrários, e o devolve ao povo, que tem o direito de retomar sua liberdade original, e pelo estabelecimento de um novo legislativo (o que ele considerar adequado) promover sua própria segurança e tranquilidade”. LOCKE, J. 1978. **Ibidem**, p.87.

do estado natural para a sociedade civil. O advento da sociedade potencializaria as garantias destes direitos fundamentais do homem, “entretanto, fazendo-o cada um apenas com a intenção de melhor se preservar a si próprio, a sua liberdade e propriedade”.

Neste contexto, cria-se o pacto social dentro de um consentimento, uma vez que o homem não poderia entabular um contrato para viver em uma comunidade que lhe oferecesse uma situação pior do que aquela em que estava inicialmente. Locke buscou no Estado o ente capaz de potencializar a natureza humana.

Rousseau, autor e defensor do contrato social, disserta que a sociedade corrompe o homem, necessitando, portanto, da cooperação de todos mediante a aquiescência da vontade geral, que cria um corpo moral e coletivo, por meio de contrato social. No entanto, são oferecidas ressalvas para a interferência ilimitada do Estado na esfera privada do cidadão.

Jean-Jacques Rousseau (1712), ao defender o advento da sociedade civil, afirma que existem limites para a atuação do Estado, ressaltando ainda que algumas situações prejudicam o advento do pacto social, promovendo assim desigualdades na relação inicial. Isto se dá no momento do estabelecimento do pacto entre os súditos e o soberano, já que a convivência social dos homens fora estabelecida em relações derivadas de situações calcadas em desigualdade, seja ela natural ou biológica, o que culminou no caos.

A desigualdade leva a uma guerra desenfreada do homem contra o próprio o homem, uma vez que eles nascem bons e assim permanecem até estabelecer uma convivência com os demais. Rousseau disserta que as pessoas ricas usaram aqueles que os atacavam em benefício próprio, convencendo-os de uma união que deveria ser tratada como um pacto. Para que fossem livres da opressão, deveriam ser garantidos o direito de posse e a proteção de suas fortunas. Os poderosos e pobres estabeleciam um pacto propondo uma convivência diante de uma relação sinalagmática.

No entanto, tal acordo trouxe desvantagens para os pobres, já que aumentou o poder dos ricos ao legitimar a desigualdade que existia e ainda garantiu a propriedade. Mas não deixou de observar que a vida e a liberdade são irrenunciáveis, mesmo diante deste pacto, sendo os limites para a penetração do poder do Estado.

Dentro das correntes do contratualismo, cujas perspectivas são observadas neste capítulo, há valores irrenunciáveis que são cláusulas de barreiras, porque trazem as finalidades da constituição do Estado Moderno, que foi a proteção da liberdade, da dignidade humana, da igualdade, da propriedade e da segurança. Com efeito, a não interferência por parte do Estado nesta condição é o elemento fundamental para a existência da paz, da felicidade e o do bem-estar do homem. Direitos fundamentais seriam “um muro protetor”.⁴⁵

O Brasil seguiu esta linha da primazia da observância dos limites da penetração do poder do Estado mediante o respeito às garantias dos direitos fundamentais. O pacto social brasileiro, ao fundamentar a dignidade, rompe com os valores defendidos pelo regime militar, priorizando os direitos fundamentais como um valor fundamental da sociedade brasileira.

Os limites da ingressão do Poder do Estado aos direitos fundamentais devem ser respeitados pelo Executivo, Judiciário e Legislativo, pois que as pessoas que atuam investidas de uma função pública devem respeitar os direitos fundamentais, já que são cláusulas de barreiras, ou seja, limites do poder estabelecido na Constituição Federal Brasileira de 1988.⁴⁶

Além das referências expressas no texto constitucional de limites à penetração do Estado, na jurisprudência do Supremo Superior Tribunal – STF, encontram-se posicionamentos que se coadunam e atestam tal inviolabilidade, tal como o HC 82.952⁴⁷, de relatoria do Ministro Marco de Aurélio, DJ de 1/9/2006, que

⁴⁵ ALEXY, R. **Teoria dos direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2014, p.576.

⁴⁶ Conteúdo essencial e aquilo que resta após os sopesamentos. Restrições que respeitem a máxima da proporcionalidade não violam a garantia do conteúdo essencial nem mesmo no caso concreto, nada restará do direito fundamental. A garantia do conteúdo essencial é reduzida à máxima da proporcionalidade. ALEXY, R. Op. Cit., p.297.

⁴⁷ O julgamento do HC 82.952, auxilia e clarificar a evidenciar as barreiras que são impostas ao Estado, que quando verificada devem servir de barreiras capazes de respeitar as garantias propostas nos direitos fundamentais. A controvérsia, no HC 82.952, gira em torno se o legislador poderia legislar proibindo para os delitos considerados hediondos, o cumprimento da pena privativa de liberdade no regime integralmente fechado. A indagação, naquele momento, seria no seguinte sentido: poderia o legislador fazer esta intervenção no âmbito de proteção deste direito fundamental, mediante a elaboração do § 1º do art. 2º lei 8.072/90, eliminando a progressividade da execução da pena, um direito fundamental? A restrição no direito fundamental de progressividade no cumprimento da pena, feita pelo legislador, ataca ou não o núcleo central deste direito fundamental? A conclusão retirada do julgamento HC 82.952, é de que, o § 1º do art. 2º lei 8.072/90, suprimia qualquer possibilidade da progressão de pena estabelecida para crimes hediondos, que passavam ter um tratamento mais severo depois da edição da lei 8.072/90, o que impossibilitava individualização da pena, retirando esta garantia fundamental. O Estado aqui violando o núcleo essencial, viola o direito fundamental e penetra na esfera individual do cidadão, não obedecendo o respeito as garantias individuais estabelecidas pelos direitos fundamentais. A decisão, resguardou o núcleo da norma de direito

assinala o respeito ao núcleo essencial dos direitos fundamentais e orienta quanto à inviolabilidade e respeito às normas de direito fundamental.⁴⁸

1.4 Normas enquanto regras e princípios

A Ciência do Direito tem como objetivo estudar o fato jurídico em todas as suas manifestações e momentos. Entretanto, é possível que se circunscreva o âmbito da Ciência Jurídica estudando-se as regras ou normas já postas ou vigentes.

A definição de normas jurídicas não é uma tarefa simples, podendo ser uma imposição, uma abstenção, uma proibição, um comando que determina como devem ser as demais condutas ou ainda um direcionamento de um comportamento, conforme afirma Tercio Sampaio Ferraz Junior, “uma questão estética que não fecha”.⁴⁹

As normas organizam o grupo, a comunidade e a sociedade. Tais orientações têm o valor de prescrições, uma vez que contemplam os valores da comunidade, são imposições que conduzem e dirigem a dinâmica e a conduta dos indivíduos.

Assim, o termo “norma”, ainda que tenha o valor de imposição, prescrição e mandamento, é estabelecido por um ato de vontade ou pelos costumes da comunidade, que, diante da reiteração destes atos, a torna obrigatória.⁵⁰

Em sua abordagem da norma jurídica, Hans Kelsen, que se empenhou na defesa da libertação da ciência do direito de outras influências, preconiza que norma deve distinguir-se ao ato de vontade, que denomina o ser. Isola-se, assim, a norma jurídica da realidade social, não se importando como o direito deve ser, mas como ele é. As normas, portanto, regulam os comportamentos humanos. O termo “norma” pretende significar que algo *deve ser* ou *acontecer*, especialmente que um homem

fundamental, não possibilitando ao legislador que viole e penetre no núcleo essencial. HC 82.952, de relatoria do Ministro Marco de Aurélio, DJ de 1/9/2006.

⁴⁸ Os adeptos da teoria absoluta, (*Asbolute Theorî*), entendem que o núcleo essencial dos direitos fundamentais, (*Wesensgehalt*), com unidade substancial autônoma (*Substantieller Wesenskern*), que independentemente de qualquer situação concreta, estaria salvo de eventual decisão legislativa. Teoria relativa, entendem que o núcleo essencial há de ser definido em cada caso, tendo em vista o objetivo perseguido pela norma de caráter restritivo. O núcleo essencial seria aferido mediante a utilização de um processo de ponderação entre meios e fins (*Zweck-Mittel-Prufung*). GAVARA, C. **Derechos Fundamentales**. São Paulo: Atlas, 2006, p.331.

⁴⁹ KELSEN, H. **Introdução ao Estudo do Direito**: técnica de decisão, dominação. São Paulo: Atlas, 2016, p.72.

⁵⁰ ÁVILA, H. **Teoria dos Princípios**. São Paulo: Malheiros Editores, 2015. p.53.

deve conduzir-se de determinada maneira. É esse o sentido que têm determinados atos humanos que, intencionalmente, se dirigem à conduta de outrem”.⁵¹ Neste ponto, a norma, como o sentido específico de um ato intencional dirigido à conduta de outrem, é qualquer coisa diferente do ato de vontade cujo sentido ela constitui. Na verdade, a norma é um dever e o ato de vontade de que ela constitui o sentido é o ser.⁵²

Alexy afirma que a “norma” pode ser entendida como um ato que se ordena ou permite, autorizando determinada conduta com caráter imperativo. Destaca ainda uma diferenciação significativa entre norma e enunciado normativo, uma vez que uma norma pode ser expressa por diferentes enunciados normativos.⁵³

O contexto em que está inserido o enunciado revelará o que expressa uma norma. Sua verificação passa pelo caminho da identificação e da constatação de enunciados deônticos.⁵⁴ Enunciados afirmativos expressam que algo é, enquanto que os normativos se expressam diante de uma proibição, no campo do dever ser.

Em contrapartida, as normas enfatizam os princípios e as regras, cujos princípios esboçam os valores e pretensões da sociedade capazes de proporcionar ao intérprete uma inserção de valores que dão legitimidade ao direito. Neste ponto, justifica-se uma pausa para destacarmos as características e diferenças dos princípios e das regras.

A historicidade dos princípios registra uma passagem de uma construção elaborada diante do jus naturalismo, do positivismo, e finalmente no pós-positivismo, que contribuíram para desenvolver e alicerçar seus postulados. Nos países de tradição romano-germânica, os princípios foram inseridos nos textos constitucionais, ao contrário dos países do *common law*, em que a inserção foi realizada principalmente pelos órgãos jurisdicionais, consolidados na jurisprudência. Tal constatação foi verificada por Luís Roberto Barroso.

Na trajetória que os conduziu ao centro do sistema. Os princípios tiveram que conquistar o *status* de norma jurídica, superando a crença de que teriam uma dimensão puramente axiológica, ética e sem eficácia jurídica ou aplicabilidade direta e imediata.⁵⁵

⁵¹ KELSEN, Hans. Op. Cit., p.75.

⁵² Ibidem, p.76.

⁵³ ALEXY, Robert. Op. Cit., p.79.

⁵⁴ Ibidem, p.80.

⁵⁵ BARROSO, L.R. *Revista da Academia Brasileira de Direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2001, p.43.

A busca para diferenciação de princípios e regras foi o objetivo de vários cientistas do direito que se debruçaram sobre o tema tentando entregar para a comunidade jurídica uma resposta satisfatória. Este capítulo não tem a pretensão de examinar todos, mas de demonstrar a contribuição de alguns deles que trouxeram uma distinção das espécies normativas e investigaram a diferença entre princípios e regras.

Seguindo este caminho para identificar os princípios dentro da norma, busque-se a diferenciação deles com as regras. Trata-se de uma tarefa complexa, ainda que aparente ser simples.⁵⁶ Ronald Dworkin, ao fazer a análise a partir da própria realidade - direito consuetudinário -, contrapôs-se ao positivismo. Na obra “Levando os Direitos a Sério”, trata especificamente de princípios e regras, um legado de grande relevância para o mundo jurídico e importante contribuição aos conceitos e teorias aqui apresentadas.

A constatação de Dworkin de lacunas no âmbito da decisão judicial, na verificação de inúmeras situações complexas e indissolúveis e, diante das imprecisões da lei, levando-se em consideração que as partes detêm argumentos capazes de provar que estão certas,⁵⁷ procura demonstrar o papel significativo dos princípios para auxiliar o intérprete a fundamentar sua decisão. O peso argumentativo poderia reduzir as incertezas, mas é fundamental que a decisão leve em consideração a integridade do sistema jurídico.”⁵⁸

Inicialmente, Dworkin trata o princípio como um padrão que deve ser observado e uma exigência da justiça e da equidade ou alguma dimensão da moral. Estabelece ainda uma distinção sedimentada em sua natureza lógica: “princípios são proposições que descrevem direitos”.⁵⁹

O autor afirma que princípios nos levam a certa direção. Porém, em hipótese de colisão, um não exclui o outro. Aquele que for relevante, diante da análise da situação fática, deve prevalecer. Os princípios ainda têm uma dimensão do peso e da importância.⁶⁰

⁵⁶ CANOTILHO, J.J.G. **Direito constitucional**. Coimbra: Almedina, 2003, p.1161.

⁵⁷ DWORKIN, R. **Uma questão de princípio**, São Paulo: Martins Fontes, 2007, p 175

⁵⁸ GALUPPO, M.C. **Os princípios jurídicos no Estado Democrático de Direito: ensaio sobre o seu modo de aplicação**. Revista de Informação Legislativa, Brasília, ano 36, nº 143, julho/setembro 1999.

⁵⁹ DWORKIN, R. **Levando o direito a sério**. São Paulo: Malheiros, 2008, p.48.

⁶⁰ ALEXY, R. op. cit., p.48.

As regras são aplicadas à maneira do tudo ou nada. Diante da análise do caso concreto, a regra é válida ou inválida, podendo haver exceções, que devem ser descritas no enunciado da regra.⁶¹

Robert Alexy buscou sistematizar sua diferenciação entre princípios e regras aproveitando as contribuições teóricas de Dworkin. Segundo Alexy, há diversos critérios usados para distinguir regras e princípios - como a generalidade, a determinabilidade e também o fato de princípios serem razões para as regras, ou de serem os princípios normas de argumentação ou de comportamento.

Ele ressalta que há aqueles que aceitam a divisão entre norma e princípio, mas aceitam tal divisão apenas quanto ao grau de generalidade. Desta forma, na elaboração da sua teoria que distingue princípios e regras, propõe a existência de uma diferença gradual e qualitativa.⁶²

Alexy propõe que os princípios são mandamentos de otimização, normas que ordenam que algo seja realizado na medida do possível e dentro das realidades fáticas. Sua satisfação depende das possibilidades fáticas e jurídicas. Regras, por sua vez, são satisfeitas ou não satisfeitas, são comandos normativos que devem ser executados e concretizados dentro daquilo que é juridicamente possível. A distinção entre princípios e regras é qualitativa. Os princípios não têm consequências normativas, e sim de peso. Havendo conflitos entre princípios, devem ser resolvidos diante de uma ponderação. Alexy destaca que na colisão de princípios, um deve ceder, não existindo a necessidade de haver a declaração de invalidade daquele que cedeu, ou tampouco uma cláusula de exceção para a solução de conflitos.⁶³

Na colisão entre princípios, um terá precedência sobre o outro e deve ser resolvido na dimensão do peso. Tal precedência deve ser estabelecida na decisão do conflito, que, segundo Alexy, se denomina Lei de Colisão, em que “aquilo que colide e que é sopesado, não caracterizado como ‘princípio’, mas como dever, ‘direito fundamental’, pretensão e interesse”⁶⁴.

Na solução dos conflitos estabelecidos diante de colisões de princípios, o que prevalecerá será o de maior peso, que possua uma precedência condicionante diante de uma verificação e análise do caso concreto, fixando-se as relações de

⁶¹ALEXY, R. op. cit. p.48.

⁶² Ibidem, p.90.

⁶³ Ibidem, p.91.

⁶⁴ Ibidem, p. 95.

precedência condicionantes, que são as condições que devem ser fixadas na resolução dos conflitos entre princípios.

Essa lei, que será chamada de “Lei de Colisão” é um dos fundamentos da teoria dos princípios aqui defendida. Ela reflete a natureza dos princípios aqui defendidos. Ela reflete a natureza dos princípios como mandamentos de otimização: em primeiro lugar, a inexistência de relação absoluta de precedência e, em segundo lugar, a referência a ações e situações que não são quantificáveis. Ao mesmo tempo, constituem eles base para a resposta a objeções que se apoiam na proximidade da teoria dos princípios com a teoria dos valores.⁶⁵

Na teoria de Alexy, no que tange às regras, há exigência de ser feito tudo aquilo que elas ordenam, conceito que se contrapõe ao princípio. O conflito pode ser solucionado com a introdução em uma das regras de uma cláusula de exceção ou mediante a declaração de invalidade de uma das regras. Não obstante, ainda esta diferenciação elabora que princípios seriam razões para regras, na medida em que princípios também servem como razões diretas para decisões concretas, e regras também podem ser razões para outras regras.⁶⁶

Uma nova construção acadêmica foi feita por Humberto Ávila, que desenvolveu o tema com maestria ao acrescentar alguns critérios empregados para a distinção dos princípios e regras. São eles: o caráter hipotético-condicional, o modo final de aplicação e do conflito normativo, fatores que encerram um contributo importante. Portanto, a referida obra de Ávila acrescenta um aperfeiçoamento importante e crítico para a compreensão da elaboração das teorias dos princípios até aqui desenvolvidas pela doutrina.

Em sua análise crítica, os pressupostos que existem advêm da interpretação de autores que, até então, sustentaram a distinção de princípios e regras em aspectos de caráter hipotético-condicional. Para eles, princípios indicam um primeiro passo para um futuro resultado, contudo, não indicam qual seria este primeiro passo. Outros buscam explicação na distinção entre regra e princípios segundo a hipótese de incidência, que é uma questão de formulação linguística, observando-se que tal critério não pode ser elemento de distinção de uma espécie normativa. Ávila disserta que os princípios não têm consequências normativas nem hipótese de incidência, já que mesmo diante de uma ausência de descrição do comportamento, estabelecida

⁶⁵ ALEXY, R. op. cit., p.97.

⁶⁶ Ibidem, p.107.

nos princípios, não se pode negar que ele pode gerar e indicar espécies de comportamentos a serem adotados.⁶⁷

Quanto à aplicação do critério do modo final de aplicação, aqueles que procuram distinguir os princípios das regras para alcançar seus objetivos elaboram uma construção teórica em que na interpretação das regras se obtém o resultado na relação do modo do tudo ou nada, enquanto os princípios são aplicados de modo gradual, mais ou menos. Contudo, Ávila ressalta que mesmo as normas que indiquem sua aplicação de forma absoluta, diante de algumas circunstâncias específicas, podem e devem exigir um processo de ponderação diante de razões substanciais, que devem ser consideradas pelo aplicador. Portanto, diante deste raciocínio, as regras também não têm uma aplicação absoluta no modo do “tudo ou nada”.⁶⁸ O consectário final das regras só se dará após o processo de interpretação.

No processo de distinção entre regras e princípios, baseado no conflito normativo, é estabelecido o argumento de que na colisão entre regras deve ser declarada a invalidade de uma. Tal diferenciação torna-se inconsistente, já que a atividade de ponderação também faz parte do processo de distinção entre regras, e não somente na solução de colisão entre princípios.

Diante destes conflitos, o julgador deve atribuir um peso maior a determinada regra de acordo com sua finalidade. E usa como exemplo o artigo 1º da Lei 9.494/1997, que proíbe o juiz determinar, por medida liminar, o fornecimento de remédio pelo sistema de saúde a quem deles necessitar para sobreviver. Porém, outra regra determina que o Estado deve fornecer medicamentos de forma gratuita, usando, para tanto, o dispositivo legal, Lei 9.908/1993, artigo 1º. Há, aqui, uma regra que obriga, enquanto outra que proíbe. Desta forma, na colisão destas regras, uma não invalidará a outra, mas deve prevalecer a regra que vise a preservar a vida do cidadão⁶⁹.

Buscando aprimorar a distinção de princípios e regras, disserta que as regras são normas descritivas de natureza finalística e que estabelecem obrigações, permissões e proibições. Um traço distintivo das regras é o modo como podem deixar de ser aplicadas, de caráter primariamente retrospectivo - regras são normas que abrangem todos os aspectos relevantes para decisão, preliminarmente

⁶⁷ÁVILA, H. op. cit., p.67.

⁶⁸ Ibidem, p.69.

⁶⁹ Ibidem, p.75.

decisivas. Princípios são normas que visam à realização de um fim jurídico relevante, que busca uma elaboração quanto à natureza do comportamento prescrito. Princípio é uma norma como ideal a ser seguido de caráter prospectivo, são normas complementares que prescrevem apenas aspectos parciais para a tomada de decisão. Ávila a descreve da seguinte forma:

As regras são normas imediatamente descritivas, primariamente retrospectivas e com a pretensão de decidibilidade e abrangência, cuja aplicação se exige a avaliação da correspondência, sempre centrada na finalidade que lhes dá suporte nos princípios que lhe são axiologicamente sobrejacentes, entre a construção conceitual da descrição normativa e construção conceitual dos fatos. Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção.⁷⁰

A teoria dos princípios, elaborada pelo professor Virgílio Afonso da Silva, também é pertinente a esta pesquisa; ela traz apontamentos que acrescentam à construção teórica para a distinção das regras dos princípios. Segundo o autor, as classificações, desde que sólidas, não podem ser julgadas com base em certo ou errado. Ele estabelece que a principal diferença entre princípios e regras é a estrutura de direitos que estas normas garantem. Regras garantem direitos e deveres de forma definitiva e devem ser obedecidas totalmente, podendo haver exceções que fazem parte da própria regra. No caso dos princípios, a realização é parcial caso haja uma diferença entre aquilo que é garantido e aquilo que é definitivamente imposto. Ao procurar uma solução para o conflito normativo entre regras, disserta que a consequência será o raciocínio do “tudo-ou-nada”. Existindo duas regras para o mesmo fato, uma invalidará a outra. Sempre que há conflito entre regras, há alguma forma de declaração de invalidade.⁷¹ Havendo uma incompatibilidade parcial, a solução é a implantação de uma causa de exceção.

A colisão de princípios é resolvida por fixação de um deles, de acordo com o caso em questão. Assim, tal fato é tratado como relações de precedência. Virgílio Afonso da Silva disserta ainda que, havendo colisões entre princípios e regras, a

⁷⁰ ÁVILA, H. op. cit., p.71.

⁷¹ VIRGILIO, A.S. op. cit., p.49.

solução é o sopesamento do princípio em colisão e do princípio de que a regra se originou, uma vez que para os conflitos de regras não se aplica sopesamento.⁷²

1.5 Normas de Direitos fundamentais e aplicabilidade às pessoas jurídicas

A pessoa jurídica no atual cenário é titular de alguns direitos fundamentais, como, por exemplo, o direito à propriedade, a imagem, etc.; contudo, a aplicação dos direitos fundamentais às pessoas jurídicas é um tema que comporta ainda grandes debates. As exigências sociais e a evolução da essência dos direitos fundamentais ultrapassam o prisma individual para o coletivo, impondo-se uma observância das garantias mínimas do desenvolvimento de grupos e coletividades.

A Constituição Federal do Brasil de 1988 não faz referência à extensão dos direitos fundamentais às pessoas jurídicas. No entanto, também não traz nenhuma vedação. Propõe, portanto, a verificação dos limites e da extensão que deve ser dada às normas de direitos fundamentais às pessoas jurídicas. Tal estudo será realizado a partir da base teórica dos direitos fundamentais e da capacidade de estas normas estabelecerem uma limitação do poder Estatal, como também da norma que contém princípios e regras.

A finalidade deste capítulo é fornecer e desenvolver elementos que sejam considerados na aplicação das normas de direitos fundamentais às pessoas jurídicas. Tal proposição não elimina outros modelos e posições sobre o tema, tampouco tem intenção de esgotar o assunto. O intuito é que seja um referencial para as demais conclusões da pesquisa.

Dois fatores devem ser levados em consideração para aplicação das normas de direitos fundamentais às pessoas jurídicas, a saber:

- a) primeiro: a partir de uma dimensão objetiva dos direitos fundamentais;
- b) segundo: a análise da natureza jurídica do ente coletivo.

Já não se trata, portanto, de uma dimensão subjetiva, uma vez que a respectiva análise subjetiva da construção histórica e sua fundamentação já foram

⁷² Ibidem, p. 52.

objeto de exposição dos seus postulados nos tópicos anteriores, levando-se em consideração sua construção histórica.⁷³

Para endossar a ideia defendida nesta pesquisa quanto à aplicação do princípio da não autoincriminação às pessoas jurídicas, é necessária a constatação do alcance das normas de direitos fundamentais a todos os ramos do ordenamento jurídico, que ganhou notoriedade apenas em 1949, com a Constituição Alemã.

Salert verificou que este alcance objetivo é fruto de posicionamentos da doutrina e da jurisprudência da Alemanha, cujo Tribunal Federal estabeleceu uma eficácia dos direitos fundamentais a todo o ordenamento jurídico. As respectivas normas de direitos fundamentais seriam capazes de fornecer as balizas estruturais para órgãos legislativos, judiciário e executivo, tendo o caso Lüth estabelecido o paradigma.⁷⁴

A repercussão do caso Luth aconteceu em decorrência de uma produção cinematográfica de um Alemão chamado Veit Harlan (1899-1964), que detinha uma carreira de destaque no período do nazismo.

Veit Harlan produziu um filme chamado Amada Imortal, em 1951, mas um judeu chamado Erich Lüth (1902-1989), que lutou na segunda guerra mundial, declarou um boicote ao filme, manifestado publicamente, conseguindo uma repercussão nacional em razão do passado nazista de Veit Harlan. Diante de protestos encabeçados por Erich Lüth e do prejuízo em virtude da ausência de público para assistir ao filme, ele, Erich Lüth, foi processado pela produtora e pela empresária do novo filme.

Argumentavam que ele havia violado o Código Civil, uma vez que sua conduta de incentivar o boicote trazia prejuízos, lesava e infringia os bons costumes, disposição inserida no § 826 do Código Civil alemão.

Porém, Lüth sustentava que esta limitação ao exercício do seu direito constitucional da liberdade de manifestar sua opinião não estava prevista na Constituição. Lüth foi derrotado no Tribunal de Hamburgo, que reconheceu o descumprimento do art. 826 do Código Civil Alemão. Lüth, segundo esta decisão, violou a moral e os bons costumes. Ele foi proibido de fazer determinadas

⁷³ Esta tese a da subjetivação dos direitos fundamentais considera, por conseguinte, que os direitos são, em primeira linha, direitos individuais. Daqui resulta um segundo corolário: se um direito Fundamental está constitucionalmente protegido como direito individual, então a proteção efetua-se sob a forma de direito subjetivo.

⁷⁴ GOMES, J.J.C. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p.1257.

declarações que incentivava o boicote e, caso persistisse, poderia ser multado ou até mesmo preso.

Inconformado, interpôs recurso ao Tribunal Constitucional, alegando que a manifestação de pensamento não era proibida no ordenamento jurídico, portanto a restrição que lhe foi imposta limitava uma parte da liberdade jurídica do pensamento.⁷⁵

Ao analisar o caso, o Tribunal reformou a decisão levando em consideração os valores inseridos no texto constitucional e declarou que existia uma ordem objetiva de valores na Constituição que irradiava sobre todo o ordenamento jurídico e para todos os ramos do direito, constituindo-se a eficácia horizontal e a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, sempre efetivados diante de uma ponderação entre os bens jurídico em colisão.

Nesta construção teórica de alcance objetivo das normas de direitos fundamentais, mesmo tendo elas uma institucionalização realizada na perspectiva de Estado e cidadão, verifica-se que, diante de um processo interpretativo, as normas de direitos fundamentais alcançam também as pessoas coletivas, transmitindo os valores do ordenamento jurídico a todos os ramos do direito e a toda a comunidade.

Alexy colabora com o debate ao retratar o efeito irradiador dos direitos fundamentais pontua e corrobora este entendimento e insere este efeito na dimensão objetiva, constatando-se que os valores devem ser vinculados às atuações administrativas, legislativas e ao judiciário.

O tribunal Constitucional Federal procura conceber o “efeito irradiador” das normas de direitos fundamentais no sistema jurídico com auxílio do conceito de ordem objetiva de valores. Para usar as palavras do tribunal: “Segundo a jurisprudência reiterada do Tribunal Constitucional federal, as normas de direitos fundamentais contêm não apenas direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra o Estado, elas representam também uma ordem objetiva de valores, que vale como decisão constitucional fundamental para todos os ramos do direito, e que fornece diretrizes e impulsos para a legislação, a Administração e a jurisprudência. Os conceitos centrais dessa construção são o conceito de valor e conceito de objetivo.”⁷⁶

Alexy, em sua obra “Teoria dos Direitos Fundamentais”, transcende o tema ao analisar o significado da ordem objetiva de princípios, *prima facie*, sob o

⁷⁵ ALEXY, R. op. cit., p.535.

⁷⁶ Ibidem, p.525.

argumento de que era mais fácil dizer o que ela não significava. O autor encontrou as seguintes assertivas para explicar o que a ordem objetiva não significa: os princípios objetivos não possuem relações com posições individuais. Os princípios de direitos fundamentais não possuem o caráter objetivo pelo fato de serem considerados supremos no ordenamento jurídico. Os princípios de direito fundamentais também não devem ser considerados exclusivamente de caráter objetivo por terem efeitos diretos junto à coletividade e grupos, fato que vale para todas as normas de direitos fundamentais, e não apenas para os princípios objetivos.⁷⁷

Ao considerar o que não é considerado caráter objetivo das normas de direitos fundamentais, Alexy constrói suas proposições. Estabelece que, abstraindo-se os aspectos subjetivos dos direitos fundamentais, restaria apenas o lado objetivo. Diante desta abstração, devem-se considerar mais dois momentos que levem à conclusão do que seria a ordem objetiva dos direitos fundamentais. Primeiro, que sejam estabelecidas abstrações em relação ao titular do direito e ao seu destinatário; segundo, que seja realizada também uma abstração às particularidades específicas do seu objeto. Assim, com os princípios triplamente conceituados em seu nível máximo, eles podem ser aplicados como fundamentação para aplicação dos direitos fundamentais para todos os ramos do direito.

Por esta visão objetiva é possível irradiar e refletir direitos fundamentais às pessoas coletivas, quando se ultrapassa a visão preconizada no Estado Liberal do individualismo, que fundamenta os direitos fundamentais em uma relação estabelecida entre cidadão e Estado. Estes valores fundamentais são objetivados sob um processo hermenêutico, atendem aos anseios do Estado social e se aplicam a toda a coletividade.⁷⁸

Virgílio Afonso da Silva traz uma definição de dimensão objetiva, sendo o “conteúdo essencial de um direito fundamental que deve ser definido com base no significado desse direito para a vida social como um todo”.⁷⁹

Portanto, as pessoas jurídicas se unem para cumprir certos objetivos que, sozinhos, não realizariam, a saber: as associações, sindicatos, empresas, empresas públicas, autarquias, fundações, partidos políticos, sociedades mercantis,

⁷⁷ ALEXY, R. op. cit., p.526.

⁷⁸ VIRGÍLIO, A.S. op. cit., p.527.

⁷⁹ VIRGÍLIO, A.S. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. **Revista de Direito do Estado** 4, 2006, p.51.

sociedades empresariais, entidades filantrópicas e culturais, etc., são signatárias dos efeitos irradiadores das normas de direitos fundamentais.

Por outro lado, a aplicabilidade da norma de direito fundamental às pessoas jurídicas, enquanto um direito fundamental, torna-se possível diante deste alcance objetivo das normas de direitos fundamentais, mas comporta, ainda, uma análise de sua compatibilidade com a natureza deste ente jurídico.

A essência de cada direito fundamental que deve ser aplicado à pessoa jurídica sempre passará por uma análise da compatibilidade com a natureza da pessoa jurídica, diante de uma interpretação teleológica.⁸⁰ Será determinante a investigação da natureza jurídica da pessoa jurídica, que está relacionada com os motivos da sua criação e seus fins.

Por exemplo: o direito fundamental de liberdade não corresponde às pessoas jurídicas, já que é um direito inerente à natureza humana, consistente no direito de ir e vir, de ficar e de se locomover e deslocar, como o direito fundamental à vida, à integridade física, de sufrágio. Todos inerentes à pessoa humana, não sendo possível compatibilizá-los com a natureza dos entes coletivos. A essência da natureza da pessoa jurídica é um questionamento que merece resposta adequada, para que seja possível delimitar quais normas de direito fundamental podem ser aplicadas às pessoas jurídicas.⁸¹

É fato que são antigas as divergências quanto ao conceito de natureza. Sem descartar as contribuições trazidas pela teoria da ficção, teoria da realidade, teoria da instituição, teoria da personalidade real, as quais são alicerçadas em seus referenciais teóricos, esta pesquisa atém-se à definição construída por Norberto Bobbio, um dos principais pensadores europeus. Ele reconheceu a importância da definição do conceito de natureza após exauriente análise do significado do termo. Assim, substitui tal conceito por função social e econômica do instituto.

Bobbio propõe esta substituição considerando que quando o jurista menciona a natureza de um objeto ou de um sujeito ou comportamento ele faz a análise de uma relação meio/fim. Assim a natureza do instituto é sua função econômico-social.

⁸⁰ BOBBIO, N. **Justanaturalismo e positivismo Jurídico**. Tradução Jaime A. Clasen. Editora Unesp, 1ª ed. ano. 2015, p.248.

⁸¹ SARLET, I.W. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. p. 230.

Consciente da necessidade de gerar um tecnicismo à linguagem jurídica, é mais adequado e pertinente também substituir o termo natureza e essência da pessoa jurídica por sua função econômico-social. Desta forma, é possível determinar uma exata compatibilidade da aplicação da norma de direito fundamental aos meios e fins que foram criados para a pessoa jurídica.⁸²

Os Valores das normas de direitos fundamentais, quando transmitido o todo do ordenamento jurídico e sendo compatível com a função econômico-social da pessoa jurídica, devem ser aplicados ao ente jurídico.

Ademais, o ordenamento jurídico brasileiro não encontra entrave algum para efetivar o princípio da não autoincriminação às pessoas jurídicas, havendo até delineamento no Código Civil art. 52, que determina aplicação dos direitos que protegem sua personalidade.

Os remédios jurídicos e as tutelas jurisdicionais inerentes à natureza jurídica da pessoa jurídica, nesta lógica, e desde de que haja uma compatibilidade entre o direito fundamental e a natureza jurídica da pessoa jurídica, protegem sua personalidade e lhe proporciona a viabilidade de exercer suas finalidades.

⁸² BOBBIO, N. **Justanaturalismo e positivismo Jurídico**. Tradução Jaime A. Clasen. São Paulo: UNESP, 2015, p. 251.

2- ORIGENS, EVOLUÇÃO E OS FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DO PRINCÍPIO *NEMO TENETUR SE IPSUM ACUSARE*

Segundo Queijo, a expressão latina *nemo tenetur se detegere* significa, literalmente, que ninguém é obrigado a se descobrir, ou seja, qualquer pessoa acusada da prática de um ilícito penal não tem o dever de se autoincriminar, de produzir prova em seu desfavor, e tem como sua “manifestação mais tradicional” o direito ao silêncio.

Outros brocardos também são utilizados no mesmo sentido, como: *nemo tenetur se ipsum prodere*, *nemo tenetur edere contra se*, *nemo tenetur turpidumen suan*, *nemo testis se ipsum* ou simplesmente *nemo tenetur*. Há dúvidas quanto ao momento preciso do surgimento dos termos. Há, inclusive, quem diga ser “impossível identificar suas raízes”.⁸³

Pinto, referendando Jan Martin Rybnicek e Lissa Griffin, afirma que “O princípio *Nemo tenetur se ipsum accusare* teve sua origem no Reino Unido, no séc. XVII, como reação às práticas inquisitoriais dos tribunais eclesiásticos”.⁸⁴

Queijo afirma ainda que foi no período iluminista “que o princípio se firmou”⁸⁵ pois nessa época o acusado deixou de ser visto exclusivamente como objeto de prova.

Oliveira explica que, na perspectiva de sua origem, o nascimento do *nemo tenetur se detegere* está ligado à necessidade de superação das mais variadas formas de absolutismo estatal ou eclesiástico que, ao longo da história, submeteram o homem ao exercício do seu poder, seja como instrumento de manipulação religiosa - como ocorreu entre católicos e não católicos no início da Renascença na velha Inglaterra ou na França - ou como instrumento de imposição de determinada ordem nos sistemas processuais inquisitoriais.

⁸³ QUEIJO, M.E. **O direito de não produzir prova contra si mesmo (o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal)**. São Paulo: Saraiva, 2003. p.6.

⁸⁴ PINTO, L.S. **Privilégio Contra a Autoincriminação Versus Colaboração do Arguido**. Prova criminal e direito de defesa – estudos sobre teoria da prova e garantias de defesa em processo penal. Org.: Teresa Pizarro Beleza e Frederico de Lacerda da Costa Pinto. Lisboa: Almedina, 2010. p.100.

⁸⁵ QUEIJO, M.E. op. cit. p.8

A exigência do compromisso de revelação da verdade sempre esteve a serviço de certos poderes públicos, em face dos quais o indivíduo jamais recebia o tratamento de sujeito de direitos.

Portanto, o significado do princípio *nemo tenetur se detegere* consiste em que qualquer pessoa acusada da prática de um ilícito penal tem direito ao silêncio, como também de não produzir provas em seu desfavor.⁸⁶

Não se exige que o acusado colabore com sua condenação, visto que faz parte da natureza humana o instituto de autopreservação. O *nemo tenetur se detegere*, apesar de já ter sido objeto de investigação por inúmeros cientistas do direito que se debruçaram sobre o tema, ainda não teve sua origem determinada com precisão.

A possibilidade da autopreservação e autoconservação da espécie humana na Terra pode ter sido fundamental para o desenvolvimento do princípio *nemo tenetur se ipsum accusare*, cuja construção histórica foi marcada por retrocessos e avanços e evoluiu de forma gradativa, com marcos relevantes em cada momento.

É fato que ninguém coopera para a produção de um ato que irá causar seu próprio mal. Estamos sempre dispostos a realizar atos que melhorem nossa situação, escondendo nossos comportamentos reprováveis.⁸⁷

Assim, é inegável a presença de elementos de autoconservação no princípio da não autoincriminação. Tal fato pode ser constatado diante da possibilidade de assegurar o direito ao silêncio, constituir defensor, permitir a interposição de recurso, fazer-se presente nas audiências, assim como ser intimado de todos os atos processuais. Tais direitos visam a sua autopreservação, evitando assim seu próprio mal e, conseqüentemente, sua própria condenação.⁸⁸

O princípio constitucional da não autoincriminação, mais conhecido no latim como *Nemo tenetur se detegere* ou *Nemo tenetur se ipsum accusare* ou ainda *Nemo tenetur se ipsum prodere*, está diretamente ligado ao direito do indivíduo de não produzir provas contra si. Porém, a expressão latina *nemo tenetur se detegere* significa que ninguém é obrigado a se descobrir.⁸⁹

⁸⁶ OLIVEIRA, E.P. **Curso de processo penal**. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 10ª edição, 2008, p.208.

⁸⁷ ALMEIDA, J.C.M. **A contrariedade na instrução criminal**. São Paulo: {sine "omine"}, 1937, p.132.

⁸⁸ BECCARIA, C. **Dos delitos e das penas**. Tradução de José Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2ª ed., 1997, p.32.

⁸⁹ QUEIJO, M.E. op. cit., p.4.

Na antiguidade, o Direito Hebreu valeu-se de uma abordagem que apontou algumas situações que referenciavam a produção da prova incriminatória aos acusados. O pentateuco *Torah* estabelecia para o povo Hebreu as normas que deveriam ser obedecidas pela sociedade. Este era composto por cinco livros (Gênesis, Êxodo, Levítico, Números e Deuteronômio) e complementado pelo Tamuld.

O Historiador Leonard Levy faz considerações sobre o direito da não autoincriminação no Direito judaico, apesar de mencionar que existe a referência apenas nos comentários talmúdicos e pós-talmúdicos.⁹⁰

O livro de Deuteronômio, quinto livro da *Torah* (DT 19, 15 –21), prescreve uma regra para produção da prova. Para que fosse possível a condenação de alguém, deveriam ser ouvidas, no mínimo, duas testemunhas. Além disso, não havia previsão de juramento no interrogatório.

Na verificação do processo, Levy traz considerações que apontam para a necessidade da investigação diligente, cuja ponderação foi prevista em DT 13. 13, que orientava que deveriam ser esgotadas as apurações sobre os fatos. Além disso, existia uma proibição prevista no Talmude equivalente ao princípio da não autoincriminação, já que pressupunha que o acusado não podia depor contra si mesmo: *ein adam meissim atsmo rasha*.⁹¹

No entanto, Levy destaca que toda autoridade estava nas mãos de Deus, que poderia a todo momento alterar os procedimentos e dar outros contornos e limites às respectivas regras. Tal ressalva não contribuiu de forma significativa para a elaboração do princípio da não autoincriminação.

Há uma contribuição de São João Crisóstomo, cujos comentários podem ser associados às origens da garantia da não autoincriminação. Ao mencionar a epístola de Paulo, proclamou que ninguém se acusasse diante dos outros, “*nem que te acuses diante dos outros*”.⁹² Esta declaração remete ao princípio da não autoincriminação.

⁹⁰ LEVY, L.W. *Origins of the Fifth Amendment: the right against self-incrimination*. Chicago: Ivan R. Dee, 1999. Reimpressão da 1ª edição de 1968. p.430.

⁹¹ LEVY, Leonard W. op. cit. p.431.

⁹² HADDAD, C.H.B. **Conteúdo e contornos do princípio contra a autoincriminação**. Campinas: Bookseller, 2005, p. 89.

Mesmo na antiguidade, é possível encontrar referências que demonstram o princípio da não autoincriminação, contemplado por civilizações daquele tempo, cuja construção foi sedimentada pelo homem no planeta Terra.

2.1 Direito Romano

O Direito Romano, cujo legado efetivamente se materializou, não oferecia um ambiente propício para o desenvolvimento do princípio do *nemo tenetur se ipsum accusare*. Tal tema será detalhado neste tópico, demonstrando-se ainda os motivos da ausência de sua contribuição doutrinária.

De grande importância histórica, o direito romano teve seu início na fundação de Roma século VII a.C. até a morte de Justiniano, em 565 d.C., e chegou até a queda de Constantinopla, 1453.⁹³

Em Roma existiam inúmeros ordenamentos construídos desde o período Régio, 754 a.C., passando pela República, 510 a.C. Por provocação da plebe, ocorreram as primeiras codificações do direito: as Leis XII Tábuas, oriundas dos conflitos entre plebeus e patriciado.⁹⁴ Porém, com o estabelecimento do Principado 27 a.C., período da Monarquia Absoluta de 565 a.C., os interesses políticos deslocam-se para Constantinopla.

Em codificação capitaneada pelo comando de Justiniano, diante de uma comissão composta por juristas, professores e advogados, foram feitas uma unificação e compilação, o *Codex*. Posteriormente foi elaborada uma obra mais completa, o *Digesto ou Pandectae*, que reuniu todo o Direito Clássico, publicada em 16/12/529. E foi criada ainda a *Institutae*, publicada em 21-11-529, um manual de estudos destinado ao ensino.

Mesmo diante deste arcabouço jurídico compilado, apenas alguns livros se destinam à matéria penal sem abordar, no entanto, o princípio da não autoincriminação de forma específica.⁹⁵

Dentro deste acervo, constata-se a dificuldade de encontrar o princípio da não autoincriminação no Direito Romano, principalmente diante da forma estabelecida no procedimento de acusação, que era realizada pelo ofendido ou por

⁹³ VENOSA, S.S. **Direito Civil**. São Paulo: Atlas, 2013, p.31.

⁹⁴ MEIRA, S.A.B. **Curso de Direito romano**. Histórias e Fontes. São Paulo: Saraiva, 1975, p.89.

⁹⁵ TUCCI, R.L. **Lineamentos do processo penal romano**. São Paulo. Bushatsky, 1976, p.35.

terceira pessoa. Não havia necessidade de existir proteção do acusado, já que o acusador não tinha autorização de invadir a posição jurídica do acusado.

Pouco se elaborou para o desenvolvimento do *nemo tenetur se ipsum accusare*. Distinguiam-se delitos públicos (*delicta publica*) e delitos privados (*delicta privata*), podendo exercer a represália quem fosse ofendido. A vingança do ofendido ficava a seu livre arbítrio, e havia a possibilidade até mesmo de um acordo, caso se deixasse de exercer a vingança (*compositio*).⁹⁶ A tortura estava presente no direito Romano, nas Digestas e no Código, sendo usadas no momento em que se finalizassem todos os esforços para a solução do litígio.

2.2 Direito canônico

A Igreja, diante de sua grande influência durante toda a Idade Média, mantinha a condição de protagonista para estabelecer os métodos e instituir os dogmas aos cristãos. Presente praticamente em todas as comunidades, tinha o poder de conferir uma identidade comum a todos seus fiéis, que deveriam respeitar as normas de condutas, sob pena de ser excomungado.

Os tribunais eclesiásticos julgavam todos que pertenciam à hierarquia da Igreja: os cruzados, os membros das universidades, como também os necessitados que lhe pediam proteção, *miserabiles personas*.⁹⁷ O direito canônico detinha ainda os tribunais de Santo Ofício, o órgão destinado a apurar e julgar heresias.

Nos Concílios de Verona, em 1184, e de Latrão, 1215, estipula-se o procedimento da inquisição contra os hereges, combatendo desvios morais e religiosos, que posteriormente teve abrangência a todos os delitos, cuja normatização foi regulada pelas *Bula Ad Extirpanda* (1252), complementada pela edição do *Directorium Inquisiturum* (1376) e *Malleus Maleficarum* (1489).

Devido à grande influência da Igreja sobre os governantes, havia uma simbiose entre suas leis e os ordenamentos jurídicos desses países, sendo irradiado para os outros ordenamentos jurídicos a essência do processo inquisitivo usado pela Igreja, como: o sigilo dos procedimentos, a utilização de tortura, a inacessibilidade do acusado ao teor de sua acusação e de quem lhe acusa, a imposição de

⁹⁶ MARKY, T. **Curso elementar de Direito Romano**. São Paulo: Saraiva. 8 eds., 1995, p.134.

⁹⁷ ROLIM, L.A. **Instituições de Direito Romano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.108.

juramento e a concentração dos poderes processuais e penais nas mãos de único órgão.

No uso do processo inquisitivo, a busca pela confissão passa a ser algo alucinante, cerne deste procedimento, “a rainha das provas”. Portanto, poderia ser obtida até mesmo por meio de tortura, uma vez que a confissão dependia de uma conduta de colaboração do acusado.

O Papa Inocêncio III contribuiu de forma importante para as medidas repressoras - considerou heresia o crime lesa-majestade. Condenavam-se traduções não autorizadas da Bíblia para o francês e ainda se exigia do suspeito o juramento de dizer a verdade.⁹⁸

A instituição, por intermédio do direito canônico do juramento “falar a verdade”, reforça a impossibilidade de mentir ou de calar, uma vez que o acusado se compromete a falar a verdade perante Deus. Como corolário desta imposição de falar a verdade, por intermédio da *Bula ad extirpanda*, se estabelece a aplicação de castigos para a extração da verdade.

Vários países foram influenciados por tais procedimentos: Itália, justiça laica, (*processos perdenmüanomm e, per inquisitionem, no século XIV*), Espanha (*Las Siete Partidas*, no reinado de D. Afonso, em 1263), Alemanha (Lei Imperial de 1503 ou *Constitutio Criminalis Carolina*) e França (*Ordonnance sur la Procedure Criminelle*, reinado de Luiz XIV, 1670).⁹⁹

A contribuição ao princípio da não autoincriminação neste período foi diminuta, na medida em que o procedimento adotado não levou a uma contribuição significativa. Existia um dever de colaborar, diante da tortura, e a imposição do juramento, privilegiando-se a repressão e a punição estatal.

2.3 Common Law

O sistema da *common law* se aplica a vários países e muitas vezes é confundido com “sistema inglês”. No *Common Law*, as soluções dos casos concretos são realizadas de formas casuísticas, com origem no direito costumeiro.

⁹⁸ RUST, L. **Bulas inquisitoriais: Ad Abolendam** (1184) e *Vergentis in Senium*. p.24.

⁹⁹ COUCEURO, J.C. **A garantia constitucional do direito ao silêncio**. São Paulo: Atlas, 2004, p.44.

Seu avanço e propagação se deram em virtude da colonização e recepção das nações que foram colonizadas pela Inglaterra. Mas não se trata de um direito costumeiro, a palavra *Common Law*, inicialmente, é relacionada a um direito devido e comum a toda a Inglaterra.

Em conjunto amplo, serve para designar o conjunto de direitos não escritos, sendo resultado da acumulação de precedentes jurisprudenciais, o que foi observado por Guido Fernando Silva Soares (2012):

Após a conquista normanda da Inglaterra, o direito que o Tribunal de Westminster criava era denominado *common law* (corruptela da expressa dita na língua do rei: *comuns ley*), em oposição aos direitos costumeiros locais e muito particularizados a cada tribo dos primitivos habitantes, aplicados pela *County Courts*, e que logo seriam suplantados.¹⁰⁰

A *common law* provém do resultado das decisões judiciais dos tribunais de Westminster, constituídos pelo Rei, e suplantou os direitos costumeiros particulares do povo primitivo da Inglaterra. Na *common law* existia a figura dos *judges*, funcionários outorgados pelo Rei e encarregados da distribuição da justiça, que ouviam as queixas e concediam um *writ*, ordem dada pelo Rei às autoridades, respeitando-se a situação jurídica definida por um julgamento, que constitui uma posição jurídica favorável.

Logo após a concessão do *writ*, criava-se uma união de pessoas leigas denominadas júri, que julgariam a pretensão da pessoa a quem fora conferido o *writ*; esta decisão era chamada de *finding*. O sistema se preocupa com os remédios, *reliefs and remedies*, ressaltado por Guido Fernandes na expressão da época: “*remedies precede rights*” - assim os remédios têm precedência aos direitos subjetivos.¹⁰¹

A relação entre a *common law* e o princípio da não autoincriminação é grande, ambos tiveram origem e fundamento na Inglaterra. Além disso, ambos se desenvolveram diante da oposição estabelecida entre os sistemas acusatório e inquisitivo.

¹⁰⁰ SOARES, G.F.S.S. *Common law*. Introdução ao Direito do EUA. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.32.

¹⁰¹ Ibidem, p.33.

Tribunais eclesiásticos consideravam o elemento da confissão primordial na apuração e julgamento, enquanto que no *Common Law* se atentava para o cuidado da análise das provas.

Entretanto, no campo dos doutrinadores não existe um consenso do momento da criação do direito da autoincriminação, principalmente dentro das cortes da *common law*. Tal garantia pode ter sido desenvolvida em virtude do exercício da advocacia nos séculos XVIII e XIX dentro destas cortes, uma vez que antes deste período o exercício da atividade advocatícia era vedado¹⁰², e a única opção que o réu tinha era falar.

2.4 Fundamentos constitucionais e previsão legal da não autoincriminação

No texto constitucional, encontra-se a previsão da não autoincriminação no art. 5º, LVII, em que o silêncio não importará em prejuízo ao réu. Em sentido mais amplo, trata-se do direito de não produzir provas contra si mesmo, além de resguardar e proteger o acusado de métodos que lhe venham a retirar a confissão mediante tortura ou ainda que o obrigue a produzir provas contra si.

Mas a conquista estabelecida na constituição de 1988, direito da não autoincriminação, trilhou um caminho longo até ser sedimentada como um direito fundamental. No Brasil, no período colonial, adotavam-se os ordenamentos jurídicos que eram vigentes em Portugal, As Ordenações Afonsinas, promulgadas em 1446. Não tiveram uma vida longa, já que em 1514 começaram a vigorar as ordenações Manuelinas no Reinado de Dom Manuel.

Com a União Ibérica, Portugal e Espanha, vigoraram as Ordenações Filipinas, que cessaram com a Revolução de 1640.¹⁰³ Nas ordenações Filipinas, que tinham vigência no Brasil, os delitos mantinham fundamentação nos preceitos religiosos. Não se diferenciava crime de pecado, e puniam-se severamente os hereges e feiticeiros.

O ordenamento jurídico continha penas de açoites, mutilação, queimaduras, degredo, podendo ainda se valer de torturas do confisco e os galés, elencados nos

¹⁰² FILHO, V.M. **O direito da não autoincriminação no processo penal contemporâneo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p.6.

¹⁰³ GARCIA, B. **Instituições de Direito Penal** - Vol. I - Tomo I, 4 eds., São Paulo: Max Limonad, 1975, p.55.

Títulos VI inc. 9, título. XII, e título. XXXV inc. 3. As penas eram aplicadas de acordo com os privilégios dos executados. A tortura era executada indistintamente para acusados de crime de lesa majestade, aleivosia e furto, impedindo assim um ambiente propício ao princípio da não autoincriminação.¹⁰⁴

Com a primeira Constituição do Império foi elaborado o texto constitucional de 1824, que, de pronto, aboliu a tortura. Em 29/11/1832 entrou em vigor o Código de Processo Penal, que previa o julgamento pelo júri, em face da influência inglesa. Em 1850, o regulamento 737, art. 208, permite o direito de permanecer em silêncio.

Neste contexto, cria-se o inquérito policial, lei 2.033 de 1871, que visa o registro e possibilita documentarem-se as investigações realizadas pela Polícia. Posteriormente o Decreto 848, de 1890, cria e organiza a Justiça Federal, reforçando-se o interrogatório como meio de defesa.

Com a chegada da República e da Constituição de 1891, foi inserida a plenitude da defesa, cuja interpretação de forma ampla alcançava o direito de permanecer em silêncio.

Os Estados detinham a prerrogativa de ter suas próprias legislações processuais penais, mas poucos deles elaboraram seu código. Em Minas Gerais, em 1922, a Constituição Estadual assegurou o interrogatório como meio de defesa, art. 278, mas, em contrapartida, alguns Estados restringiam o direito ao silêncio, como o Distrito federal, Rio Grande do Sul e Paraná.¹⁰⁵

A Constituição Federal de 1934 fixou a competência exclusiva da União para legislar em matéria processual, elaborando o decreto lei 3.689 de 1941, Código de Processo Penal, que, em seu art., 186, previa o direito ao silêncio. No entanto, por outro lado, oportunizava ao juiz interpretar o silêncio do réu em prejuízo do acusado, previsão legal prevista no art. 242 que observava a obrigação do acusado de declarar os motivos da recusa de falar em juízo.

Com o advento da Constituição de 1988, o direito de permanecer calado foi assegurado de forma expressa no texto constitucional, como uma garantia individual do art. 5º LXII, e que atualmente abriga uma ampla interpretação.

O art. 186, do código de processo penal, que foi alterado pela lei 10.792/2003, estabelece e sedimenta de forma cristalina o direito ao silêncio e a

¹⁰⁴ DOTTI, R.A. **Bases e Alternativas para o Sistema de Penas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p.45.

¹⁰⁵ COUCEURO, J.C. op. cit., p.109.

impossibilidade de haver alguma interpretação em prejuízo para a defesa, consagrando-se assim o princípio da não autoincriminação no ordenamento processual penal do Brasil.

No plano internacional, o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, art. 14, 3, “g” e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, art. 8º, 2, “g”, como também o Estatuto do Tribunal Penal Internacional, art. 55, 1, asseguram a não obrigatoriedade de qualquer pessoa depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada. Sendo signatário o Brasil, estes tratados integram o sistema jurídico brasileiro, nos termos do art. 5º, § 2º, C.F, conforme será detalhado no tópico, 2.6.

2.5A Aplicação do princípio da não incriminação no Direito Estrangeiro

O constitucionalismo moderno trouxe a consolidação em inúmeros textos constitucionais estrangeiros, que, diante de suas experiências históricas, sedimentaram em seus respectivos arcabouços jurídicos o direito da não autoincriminação.

A Constituição Americana tem uma relevante experiência de positivação por intermédio da Quinta Emenda e foi a primeira carta constitucional a prever o direito da não autoincriminação. Instituiu a proclamação de Direitos de Virginia em 12 de junho de 1776, que insere “*nor be compeled to give evidence against himself*” - não fornecer evidência contra si mesmo.

Na Declaração de Direitos da Pensilvânia, foi previsto na 9ª seção o direito do acusado de ser ouvido e representado por advogado. Subsequentemente, chegou a Declaração de Independência - na quinta emenda, delimita que nenhuma pessoa deve ser compelida em qualquer processo criminal a ser testemunha contra si mesmo (*Shall be compelled in any crimina case to be witnesse against himself*”).

O caso Miranda versus Arizona na década de 1960, com a histórica absolvição pela corte Americana de Miranda, trouxe um destaque fundamental para o princípio da não autoincriminação para a jurisprudência americana; chegou a ressoar no Brasil, propagado pelas telas da televisão e principalmente em filmes americanos, com cenas em que policiais abordavam alguém e lhe informava: você tem o direito de permanecer em silêncio, e qualquer coisa que disser poderá ser usada contra você nos tribunais.

Ernesto Miranda foi preso em sua residência no dia 13 de março de 1963; posteriormente reconhecido por duas testemunhas, assumiu sua culpa por crimes de rapto e estupro, escrevendo sua confissão.¹⁰⁶

A confissão não observou as disposições elencadas na Quinta Emenda da Constituição dos Estados Unidos da América, uma vez que ele não fora advertido da possibilidade de permanecer em silêncio, violando as garantias constitucionais individuais, o que posteriormente fez com que as provas colhidas pelas autoridades fossem inadmitidas. Foram produzidas provas sem observar o direito fundamental que tem o réu de não se incriminar e permanecer em silêncio.¹⁰⁷

A falha verificada no procedimento a partir deste momento passou a ter grande observância por parte das autoridades, até porque o descuido para a confecção da prova geraria uma nulidade. Tal caso teve uma grande repercussão para a doutrina americana e demais ordenamentos jurídicos em que é positivado o princípio da não autoincriminação.

A constituição alemã não traz no seu texto constitucional a referência expressa do direito da não autoincriminação; no entanto, tal princípio foi retratado pela doutrina e pela sua jurisprudência; nos princípios implícitos do Estado de Direito, da intangibilidade da pessoa humana e do direito ao livre desenvolvimento da personalidade se extrai uma interpretação capaz de assegurar tal garantia. Na lei processual há a previsão do direito ao silêncio.

Na Constituição da Espanha, o direito da não autoincriminação é consignado de forma expressa em dois artigos: o artigo 17.3, menciona que toda pessoa detida deve ser informada, de forma imediata e de modo que lhe seja compreensível, de seus direitos e da razão de sua detenção, não podendo ser obrigada a depor; já no artigo 24.2 é resguardado a todos: o direito de não depor contra si mesmo, de não se confessar culpado, e a presunção de inocência.

Na Itália, o texto constitucional não faz referências ao tema, mas a doutrina italiana entende que o direito de autodefesa tutelado no texto constitucional estabelece uma ligação direta com o direito de não colaborar. As medidas de intervenções corporais que têm aceitação foram declaradas inconstitucionais pelo

¹⁰⁶ VILE, J.R. *Essential Supreme Courts decisions: summaries of leading cases in U.S. constitutional Law. 15th ed. Maryland*: The Rowman & Littlefield Publishers, 2010, p. 358

¹⁰⁷ SOUTO, J.C. *Suprema Corte dos Estados Unidos: principais decisões*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008, p. 131-132.

fato de não observarem o princípio da legalidade, uma vez que a previsão esboçada no Código de Processo Penal estabelecia as intervenções de forma genérica.

Em Portugal, o direito está previsto no Código de Processo Penal, no artigo 343, que estabelece que o silêncio não pode prejudicar o acusado. Trata-se de uma proteção ampla à declaração dos inculcados. No entanto, a interpretação destes dispositivos é estendida aos demais atos, como às acareações na fase policial para os interrogatórios. O código de processo penal português veda provas colhidas mediante tortura, ameaça, coação, perturbações da memória ou da capacidade de avaliação, ou ainda por meios enganosos (CPP, art. 126º).

No Reino Unido, o direito da não autoincriminação segue protegido pelas decisões emanadas nos tribunais. Oportunamente, destaca-se a Irlanda, cuja constituição prevê que o silêncio do acusado não pode ser interpretado de forma que o prejudique. Caso se obrigue o réu a cooperar na produção de provas incriminatórias, o princípio da simetria entre defesa e acusação será violado.

Na França, o princípio contra a não autoincriminação não está previsto de forma expressa na Constituição. No processo penal não há regras claras sobre como deve colaborar o acusado.

Na Argentina, o Código de Processo Penal menciona o direito da não autoincriminação, art. 18 da Constituição desse país, onde há a descrição detalhada sobre tal princípio. O acusado pode negar-se a depor sobre fatos que lhe incriminem, não é obrigado a realizar juramento ou promessa de dizer a verdade. Além disso, não pode ser coagido, ameaçado ou induzido para depor contra sua vontade. Qualquer intervenção por parte do Estado neste sentido gerará nulidade do ato. Ademais, não há a obrigatoriedade de realizar a reconstituição dos fatos.

O ordenamento jurídico do Uruguai, no art. 20, prevê o direito da não autoincriminação. O código de Processo Penal Uruguaio, no art. 126, traz a obrigatoriedade da presença do advogado. Nesta mesma lei que traz o regramento processual penal, no art. 3, 56, 57, é vedada a coação psicológica ou física, ou ainda juramento e métodos violentos que obriguem o acusado a dizer a verdade, forçando-o a produzir prova contra si mesmo.

A carta magna da Colômbia estabelece, de forma expressa no art. 33, o direito a não prestar declarações que levem a incriminar qualquer acusado. Nesta perspectiva, tal garantia foi seguida pelo Código Processo Penal - em seus arts. 8, 282, 303, 385 -, que prescreveu de forma expressa que o imputado não será

obrigado a declarar contra si mesmo, prerrogativa estendida a seus familiares. O acusado pode renunciar a este direito de maneira livre e voluntária.

No Chile, também de forma expressa, é previsto o direito da não autoincriminação na Constituição da República do Chile, no art. 19 incisos 7, f, que prevê o direito ao imputado de não fazer juramento de dizer a verdade, estendendo tal garantia a terceiros, cônjuges, descendentes e ascendentes. Com o advento do novo Código Processo Penal de 2000, o direito da não autoincriminação tem previsão expressa no art. 93, que delimita ainda inviolabilidade física, psicológica e intimidade, vedando a tortura, o tratamento cruel, desumano, degradante, ameaças e outros meios que violem a voluntariedade da ação do imputado.

E, por fim, o Peru, contrariando a tendência da América Latina, não consta previsão expressa do direito da não autoincriminação na Constituição Política do país, podendo ser assegurado, de forma implícita, diante de uma interpretação extraída dos capítulos I, II e III, de sua Carta Magna, nas previsões estabelecidas dos direitos fundamentais a que faz jus o cidadão peruano. O Código de Processo Penal reconhece de forma expressa o direito da não autoincriminação, art. 9, inciso 2, como em outros dispositivos, art. 71, garantindo ao imputado o direito de não produzir provas contra si mesmo.

2.6 Contornos internacionais do direito da não autoincriminação

Em decorrência das atrocidades ocorridas na Segunda Guerra Mundial, surge a necessidade de haver uma efetiva proteção internacional dos direitos humanos. Massacres providos pela crueldade capitaneada principalmente pelo regime nazista, acenderam o sinal vermelho e levaram à instauração de medidas que protegessem o ser humano, agora então, o referencial ético e moral.

O pós-guerra revela a necessidade da reconstrução de uma sistemática capaz de estabelecer medidas que impeçam as violações aniquiladoras da dignidade da pessoa humana. Tal sistema deveria ainda se estender à internacionalização.¹⁰⁸

¹⁰⁸ Ressalta Piovesan que não mais poder-se-ia afirmar, no fim do século XX, que o Estado pode tratar de seus cidadãos da forma como quiser, não sofrendo qualquer responsabilização na arena

Mas antes mesmo da criação da ONU, conforme bem ressaltado por Flavia Piovesan, já existiam precedentes desta internacionalização dos direitos humanos, como o Direito Humanitário, a Liga das Nações e a Organização Internacional do Trabalho.

O Direito Humanitário estabelece as regras que devem ser observadas em conflitos armados.¹⁰⁹ A Liga das Nações, por sua vez, desempenha um papel importante ao apontar a necessidade de promover a cooperação internacional. Já a Organização Internacional do Trabalho impõe observância ao respeito ao bem-estar social, buscando assegurar condições dignas de trabalho.

Não obstante estes três momentos da internacionalização dos direitos Humanos, o Pacto Internacional dos Direitos Civis traz para o sistema internacional a garantia processual do direito da não autoincriminação a seus signatários.

Em 1966 ocorre a aprovação do Pacto Internacional dos Direitos Civis, (PIDCP) que, em seu artigo 14, 3, g, sedimenta de forma expressa que “ninguém será obrigado a depor contra si mesmo, nem mesmo a confessar-se culpado”.¹¹⁰

O PIDCP foi um marco para o sistema internacional de proteção dos direitos humanos ao catalogar os direitos e garantias previstos na Declaração Universal e ainda acrescentou várias outras garantias, com a ampliação do rol de direitos. Aprovado em 1966, mas diante da ausência de ratificações necessárias para entrar em vigor, somente em 1977 conseguiu as adesões capazes de asseverar uma obrigatoriedade dos países signatários.

A demora para a vigência do PIDCP aconteceu em decorrência de uma discussão calorosa e intensos debates sobre a necessidade da elaboração de um ou dois documentos. A controvérsia girava em torno da preparação de um documento que reunisse os direitos civis, políticos, sociais e econômicos, simultaneamente, ou se deveria haver dois pactos distintos: um para os direitos sociais econômicos, e outro para os direitos civis e políticos.

A separação para a elaboração dos pactos foi fundamentada na afirmativa feita por alguns países de que os direitos civis e políticos eram autoaplicáveis e deveriam ser reunidos em um pacto. De outro lado havia outro posicionamento, o

internacional. Não mais pode-se ia afirmar no plano internacional *that king ca do wrong*. PIOVESAN. F. **Direitos Humanos e o direito constitucional internacional**. 12º eds. São Paulo: Saraiva, 2011, p.177.

¹⁰⁹ Direito humanitário, regras que se aplica na guerra diante de conflitos armados.

¹¹⁰ **BECCARIA (250 anos) e o drama do castigo** penal: civilização ou barbárie. GOMES, L.F. Coordenação Alice Bianchini. São Paulo: Saraiva, 2014, p.140.

qual defendia que a legislação a ser elaborada para tutelar os direitos sociais e econômicos tratava-se de normas programáticas com uma realização diferida, portanto deveria ser elaborado em pacto distinto daquele.¹¹¹

Mas este embate foi sustentado por países socialistas que compunham a discussão; eles sustentavam que deveria ser confeccionado apenas um pacto, uma vez que, dependendo do regime de governo, os direitos sociais e econômicos poderiam, sim, ser autoaplicáveis. Além disso, a separação diminuiria a importância dos direitos econômicos e sociais. Ao final, a posição para elaboração de dois pactos prevaleceu, prevendo-se duas categorias de direitos.

Já em seu artigo primeiro, o PIDCP impõe o dever dos países signatários de respeitar os direitos neles previstos e institui ainda algumas prerrogativas que não poderiam ser violadas, tais como a vida, a vedação da tortura e de penas cruéis e degradantes, escravidão, prisão por obrigação contratual, reconhecimento da personalidade jurídica, liberdade de pensamento de consciência e religiosa, não havendo ressalvas a qualquer um destes direitos.¹¹²

Outra importante contribuição foi conquistada na convenção contra a tortura e outros tratamentos com penas cruéis e desumanas, que também fez referência ao direito da não autoincriminação e que foi adotado pela ONU em 1984. Expressamente, foi vedada a exposição do ser humano a sofrimentos e dores de forma intencional para obter informações ou confissões, proibiram-se castigos, intimidações e coações¹¹³ e que as declarações sejam realizadas mediante tortura, art. 15.¹¹⁴

¹¹¹PIOVESAN. F. op. cit., p.141.

¹¹² Ibidem p.141.

¹¹³ Art. 1º. Para os fins da presente Convenção, o termo “tortura” designa qualquer ato pelo qual dores ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são infligidos intencionalmente a uma pessoa a fim de obter, dela ou de uma terceira pessoa, informações ou confissões; de castigá-la por ato que ela ou uma terceira pessoa tenha cometido ou seja suspeita de ter cometido; de intimidar ou coagir esta pessoa ou outras pessoas; ou por qualquer motivo baseado em discriminação de qualquer natureza; quando tais dores ou sofrimentos são infligidos por um funcionário público ou outra pessoa no exercício de funções públicas, ou por sua instigação, ou com o seu consentimento ou aquiescência. Não se considerará como tortura as dores ou sofrimentos que sejam consequência unicamente de sanções legítimas, ou que sejam inerentes a tais sanções ou delas decorram. Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes. Assembleia Geral das Nações Unidas, 17 de dezembro de 1984.

¹¹⁴ Artigo 15 – Cada Estado – parte assegurará que nenhuma pessoa declaração que se demonstre ter sido prestada como resultado de tortura possa ser invocada como prova em qualquer processo, salvo contra uma pessoa acusada de tortura como prova de que a declaração foi prestada

O direito da não autoincriminação também é previsto no “Pacto de São José da Costa Rica”, no seu art. 8, alínea g¹¹⁵, que prevê a ausência de obrigatoriedade de depor contra si mesmo e declarar-se culpado.

No Estatuto de Roma também existe uma previsão expressa ao direito da não autoincriminação, art. 55, que estabelece nos processos de sua competência a observância e a consolidação do direito da não autoincriminação, com aceitação e reconhecimento da Corte Europeia de Direitos Humanos.¹¹⁶

O direito da não autoincriminação detém, evidentemente, respaldo internacional. Tal observância garante a proteção que busca dar maior efetividade à não violação dos direitos humanos, consolidando-o dentro dos Direitos Humanos Internacionais.

2.7 Aplicação do direito da não autoincriminação em países anglo-americanos

Nos Estados Unidos, nega-se a aplicação do direito à não autoincriminação às pessoas coletivas, embora o direito tenha sido consagrado na quinta emenda (Fifth Amendment) de 1791, com a positivação do *privilege against self-incrimination*, ocasião em que recebeu o status constitucional que contribui para a delimitação de seu conteúdo e que assegura grande relevância para outros ordenamentos jurídicos.

O caso “*Boyd v. United States*”, 1886, tem um destaque inicial em terras estadunidense, que se configurou diante de uma solicitação do Governo de requerer documentos de uma sociedade empresarial, decidindo a Suprema Corte que o direito da não autoincriminação era aplicado à empresa.

Não existindo diferença para a Suprema Corte de obrigar a sociedade (*partnership*) a fornecer os documentos que lhe poderiam incriminar ou forçar a pessoa física a produzir, por meio de testemunho oral, incriminadores, visto que todos estes procedimentos violariam o privilégio contra “*self-incrimination*”, previsto na quinta emenda.¹¹⁷

¹¹⁵ g. direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada; Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes.

¹¹⁶ HADDAD, C.H.B. op. cit., p.46.

¹¹⁷ MACHADO, J.E.M. O direito à não autoincriminação e as pessoas coletivas empresariais. São Paulo: Atlas, 2009, p.4.

Posteriormente, este posicionamento foi revisto no “Caso Hale V. Henkel” 1906, em que foi acolhida a teoria da “*collective entity rule*”. Nesta circunstância, a Suprema Corte entendeu que a corporação, por intermédio de seus representantes, não pode invocar o privilégio contra “*self-incrimination*”, previsto na quinta emenda, uma vez que se trata de um privilégio pessoal. Houve o entendimento de que a corporação existe de forma separada de seus agentes, que é uma criação Estatal.

A recusa por parte dos representantes de entregar os documentos pertinentes à empresa levaria ao fracasso de investigações e estimularia a criminalidade. A entrega dos documentos é um ato da empresa, e não dos representantes dela. Portanto, estes não podem invocar o princípio da não autoincriminação. A Suprema Corte decidiu que a “*collective entity rule*” aplica-se apenas a provas documentais, não sujeita às pessoas físicas a explicar documentos ou fornecer paradeiros, uma vez que tais condutas podem levar a sua incriminação.¹¹⁸ Este precedente restringiu a aplicação da “5ª Emenda”¹¹⁹

Em 1988, no “Caso Braswell v. United States”, a suprema Corte traz um entendimento de que quem age em nome da pessoa jurídica com o dever de apresentar seus documentos não pode se valer do direito da não autoincriminação, diante da responsabilidade de apresentar os documentos que a instituição mantém em seu poder. Sendo depositários (*custodians*), têm o dever de apresentar os documentos solicitados.¹²⁰

Mas tal precedente criou uma regra de exceção aos representantes das empresas, uma vez que ficou vedada a utilização destes documentos para incriminar os principais acionistas. No entanto, a partir dos documentos, o Governo pode começar uma linha de investigação para apurar possíveis delitos.¹²¹

A jurisprudência recente aponta no sentido de restringir às pessoas jurídicas o direito da não autoincriminação, uma vez que os documentos da empresa não

¹¹⁸ A partir do precedente Fisher v. EUA 1976, restringiu a aplicação da 5ª Emenda ao conteúdo voluntariamente criados e a notificação (subpoena), haja vista que não exigia que a testemunha reafirmasse a verdade dos seus conteúdos. MACHADO, J.E.M. op. cit., p.5.

¹¹⁹ A Quinta Emenda à Constituição dos Estados Unidos é parte da Carta dos Direitos dos Estados Unidos e institui garantias contra o abuso da autoridade estatal, tais como o julgamento pelo grande júri, o direito de permanecer calado e evitar assim a autoincriminação, o direito de ser julgado apenas uma vez sobre mesmos fatos (vedação ao bis in idem), o direito a justa compensação por bens desapropriados. Além disso, a emenda traz a cláusula do devido processo legal, segundo a qual “ninguém pode ser privado de sua vida, liberdade ou propriedade sem o devido processo legal de todos os humanos” (Constituição dos Estados Unidos, 1789).

¹²⁰ MACHADO, J.E.M. op. cit., p.6.

¹²¹ Ibidem, p.6.

estão protegidos pelo privilégio. O reconhecimento pode frustrar a aplicação da lei penal como também impossibilitar uma investigação.

Atualmente, há muita restrição quanto à aplicabilidade do princípio da não autoincriminação às pessoas jurídicas, fato constatado nos Memorandos aprovados no Governo George W. Bush, que tinha a intensão de combater a fraude no setor financeiro. Para tanto, criou dois memorandos. Tratou-se de uma caminhada voltada para o processo inquisitorial, que estipula uma cooperação das empresas com a investigação, acentuando o controle pelas entidades regulamentadoras.

A questão não tem tido resposta unânime em outros Estados de matriz anglo-saxónica, como Reino Unido, Canadá, Nova Zelândia e Austrália. No Reino Unido, a garantia do direito à não autoincriminação às pessoas jurídicas corresponde à orientação dominante, cujos desvios são prontamente criticados pela doutrina. Assim, abandonou-se a ideia de que as pessoas jurídicas, por não terem “corpo e alma”, não podem ser titulares de direitos fundamentais. Hoje, é consensual que elas podem ser afetadas em sua reputação, como também ser objeto da aplicação de sanções. Também, passível de interpretação que abranja tanto a empresa como seus representantes que o direito à não autoincriminação das pessoas jurídicas não pode ser subvertido na obrigação de seus diretores de apresentarem provas contra si, sob pena de este direito perder o sentido útil. Porém, este entendimento é controverso no Reino Unido, dadas as implicações decorrentes para a investigação das atividades ilícitas praticadas pelas pessoas jurídicas.¹²²

No Canadá, não se aplica às pessoas coletivas a imunidade testemunhal consagrada na seção 5 do “*Evidence Act*”, de 1985. O direito à não autoincriminação das pessoas jurídicas foi revogado, como também não se o aplica ao silêncio delineado nas seções 11(c) e 13 da “Carta de Direitos Fundamentais”.¹²³

Na Nova Zelândia, referente à entrega de documentos por parte das pessoas coletivas, o direito à não autoincriminação pode ser invocado, *prima facie*, sejam estes pré-existentes ou criados no momento do pedido. A inviolabilidade dos documentos, neste caso, acontece em decorrência da proteção da privacidade. O promotor (*prosecution*) tem a incumbência de apresentar provas contra a empresa, podendo usar as afirmações de seus diretores mesmo fora do âmbito do Tribunal.

¹²² RICHARD, A.; BIRSCHBACH, A.; STEIN, A. *Overenforcement*. *Georgetown Law Journal*. 93, 2005, p.1743.

¹²³ VALEUR, R. *La responsabilité pénale des personnes morales dans les droit français et anglo-américains*, Paris: Marcel Giardi, 1931, p.231, apud SHECAIRA, S.S. op. cit., p.50.

Assim, para a jurisprudência, é razoável a aplicação do direito à não autoincriminação aos representantes legais da empresa quando se pronunciam por meio dela.

Na Austrália há semelhanças com pontos levantados na Nova Zelândia. A corrente predominante tem a tendência de descartar o direito à não autoincriminação às pessoas coletivas, o que é evidenciado na seção 187 do “*Evidence Act*, de 1995”. Tal prerrogativa tem sido aplicada aos administradores de empresas, com o objetivo de que não sejam obrigados a entregar quaisquer documentos que estejam com a pessoa jurídica, desde de que seja ela proprietária. Processos administrativos de natureza sancionatória aplicam-se ao direito da não autoincriminação às pessoas coletivas. O Caso *Environment Protection Authority v. Caltex Refining Company*, de 24 de dezembro de 1993, serve de referência para a aplicação do direito da não autoincriminação. A *Court of Criminal Appeal*, Tribunal de Apelação, entendeu neste caso que, pelo fato de as empresas terem as mesmas responsabilidades do cidadão, gozam elas também dos mesmos direitos. O caso *Environment Protection Authority v. Caltex Refining Company* constatou que o direito da não autoincriminação garante o equilíbrio entre o Estado e os direitos dos cidadãos, devendo ser estendido às empresas. Também é importante para a manutenção da integralidade do sistema acusatório, coibindo a produção de provas mediante coação. No entanto, tal paradigma foi revertido posteriormente. Como resultado, não há uma posição totalmente predominante quanto à aplicação do direito à não autoincriminação às pessoas coletivas.¹²⁴

Os contornos precisos do direito à não autoincriminação ainda não se encontram pontualmente definidos. As considerações anteriores demonstram que o direito internacional parece abrigar mais possibilidades de ampliação do direito à não autoincriminação às pessoas jurídicas.

¹²⁴ MENDES, J.E. M. op. cit., p.1.

3- A CONTEMPORANEIDADE E A RESPONSABILIDADE PENAL DAS PESSOAS JURÍDICAS

3.1 O ente coletivo e a punição penal

Diante de uma tendência natural do homem de viver em sociedade, como à família, grupos, tribos, aldeias, cidades, o homem, cria uma ordem social e jurídica para estabilizar e trazer segurança para todos que fazem parte daquela comunidade. Nesta perspectiva, as punições coletivas também eram comuns na idade Antiga e Média. Na Coreia de 1397, O *Código Ming* já estabelecia a responsabilidade penal da família do delinquente, excluindo-se apenas aquele parente que não convivia com o delituoso.

A cidade de Toulouse, na França, foi condenada pelo Parlamento de Paris em 1331 e teve seu patrimônio confiscado. O “Código de Hammurabi”, escrito aproximadamente em 1792 pelo Rei Hammurabi, previa uma indenização para a família, que deveria ser paga pela aldeia ou o governador em cuja circunscrição o roubo a algum integrante daquela família tivesse acontecido, §23 e §24.¹²⁵

No direito hebreu, o livro de Gênesis (capítulo 19, versículo 24) faz referência à responsabilização coletiva ao relatar a destruição de Sodoma e Gomorra.

Na Grécia, com as organizações coletivas semelhantes aos sindicatos, *tiaso*, também havia a previsão da execução dos traidores e tiranos, condenação que poderia ser estendida a toda a família destes.

Na idade média, com o domínio de Roma e a influência de sua ideologia sobre toda a Europa, existia uma grande tendência de criações de corporações de direito privado, como também as corporações de direito público no formato do Estado. *Populus romanis, Tes romana e respublica*, em que se constituía a nação romana politicamente organizada que detinha ainda no seio de sua organização social as sociedades de pessoas, *collegia, os sodalicia, a societas*.

Neste período, as corporações de Ofício regulamentaram o trabalho dos artesãos, prevendo a defesa de direitos trabalhistas e econômicos. Sendo as

¹²⁵ ROTHENBURG, W.C. **Princípios Constitucionais**. Sergio Antônio Fabris Editor, Porto Alegre. 1999, p.32.

corporações uma organização consistente que compreendia donos das oficinas, mestres, oficiais e aprendizes, oportunamente já se constataavam punições por condutas ilícitas praticadas por entes coletivos destes grupos.¹²⁶

Mestre ressalta que neste período as penas foram pronunciadas inúmeras vezes contra os municípios. Várias cidades perderam suas fortificações, foram multadas, privadas de seus privilégios ou até mesmo destruídas.¹²⁷

No campo doutrinário, os Glosadores procuravam desenvolver a distinção de delitos cometidos por corporações e diferenciá-los quando seus membros cometiam alguma transgressão. No entanto, havia uma ausência de fontes para o aprofundamento teórico da responsabilidade da pessoa jurídica por partes dos Glosadores¹²⁸que, influenciados pelos canonistas, admitiam a responsabilização da pessoa jurídica, a qual deveria responder pelos delitos próprios, *delicta-propia*.

Logo após este período, houve um vácuo teórico que sustentou a responsabilização das pessoas jurídicas, principalmente diante do fim do sistema feudal.

No auge da revolução francesa, surge uma nova realidade econômica e política. O indivíduo passa a ser o protagonista desta sociedade, e, amparada em correntes iluministas e liberais, a razão torna-se o pressuposto da compreensão de qualquer teoria científica.

Neste período, não foi desenvolvida uma construção teórica da responsabilização penal para as pessoas coletivas. A Declaração dos Direitos do Homem, 1789, traduz de forma límpida a impossibilidade da imputação da pena à pessoa do condenado, estabelecendo-se o princípio da individualização da penalidade. O declínio das corporações também corroborou o enfraquecimento do aprofundamento de uma construção sólida para a responsabilização da pessoa jurídica.¹²⁹

De outro lado, contando com uma ausência de construção teórica para responsabilização da pessoa jurídica, em 1929, com a queda da Bolsa de Valores em Nova York, constatam-se o abuso do poderio econômico das grandes empresas e dos mercados e prejuízos de inúmeros investidores, surgindo novamente o interesse do Estado em responsabilizar penalmente as pessoas jurídicas.

¹²⁶ ROTHENBURG, W.C, op. cit. p. 33.

¹²⁷ Ibidem, p.34.

¹²⁸ Ibidem, p.43.

¹²⁹ Ibidem, p.44.

O movimento que visava a responsabilizar as pessoas jurídicas foi avançando, e foi tema de discussão em 1926, no congresso de Bruxelas, realizado pela Associação Internacional de Direito Penal. Porém, no congresso de Bucareste, em 1929, é que foi estabelecido que cada ordenamento interno deveria promover medidas eficazes que coibissem infrações efetuadas por pessoas jurídicas.

As orientações foram seguidas pelos congressos de Roma e Atenas, em 1953 e 1957, respectivamente. Isto também ocorreu em 1977 no conselho da Europa, no XII Congresso Internacional de Direito Penal, e em 1979, em Messina, no Congresso sobre Responsabilidade penal das Pessoas Jurídicas em Direito Comunitário. Previsão que também foi estabelecida em 1994 no Rio de Janeiro, no XV Congresso Internacional de Direito Penal.

O Brasil, seguindo esta tendência mundial a partir da constituição de 1988, trouxe no texto a previsão em dois dispositivos que possibilitam a responsabilização penal para as pessoas jurídicas, para os casos de proteção da ordem econômica e financeira, art. 173, parágrafo 5º, e para as atividades consideradas lesivas ao meio ambiente, art. 225, parágrafo 3º.

Mas há entendimento de que antes da constituição de 1988 o Código Criminal de 1831 já previa a responsabilização penal das pessoas jurídicas, já que o artigo 80 estabelecia a dissolução da corporação por cometimento de crime, com expressa previsão também no código de 1980, art. 103. No entanto, grande parte da doutrina entende que tais dispositivos legais foram elaborados incluindo-se imprecisões técnicas, e assim prevaleceu como marco inicial da responsabilidade penal da pessoa jurídica as previsões delineadas na Constituição Federal do Brasil de 1988.¹³⁰

3.2 Origem e evolução legislativa das pessoas jurídicas

A formação de grupamentos destinados a determinados fins amplia o campo de ação do homem e possibilita suprir suas deficiências, pelo que se promovem resultados mais satisfatórios. Além disso, tais composições desencadeiam uma mobilização maior, seja no campo social ou nas atividades econômicas,

¹³⁰ ROTHENBURG, W.C, op. cit., p.45.

possibilitando o alcance de resultados melhores do que aqueles em que se estivesse agindo exclusivamente de forma individual.¹³¹

Em Roma, o *jus civile* considerava sujeitos de direitos apenas o ser humano. No entanto, não desconsiderava a visibilidade dos agrupamentos que se uniam para exercer atividades em conjunto.

Corporações e associações tinham interesses em comum, fato que se destacou na gigantesca obra do *Digesto* de Ulpiano *Si quid universitati debetur, singulis no debetur, nec debetur, nec quod debet universitas, singuli debent*.¹³² A divisão entre as *universitates personarum*, representadas por agrupamentos de indivíduos, formavam uma unidade jurídica que poderia ser de direito público ou privado. Já as *universitates rerum*, formadas por coisas, fundações, instituições fundadas por particulares ou pelo Estado, como também a herança jacente, *hereditas jacens*, eram consideradas pessoas jurídicas, representavam a pessoa do “de cujus”.

Não obstante toda esta criação para delimitar diferenças entre o individual e o coletivo, *universitas dos singuli*, os romanos idealizavam que o conjunto de bens ou o patrimônio pertencente a várias pessoas não chegava a formar uma corporação ou entidade fantasiosa e abstrata. Este patrimônio pertencia aos membros que constituíam este conjunto de bens, em que cada um era titular de uma parcela destes.

O Direito canônico, diante da autonomia de seus institutos que agiam de forma independente, contribuiu para a formação da personalidade jurídica dos entes coletivos, trazendo também uma contribuição importante, com o *pium corpus*, o *hospitalis* e a *sancta domus*.¹³³

Na Idade Média não existia uma forma de impor uma legislação abrangente que pudesse ser aplicada a todos, visto que a sociedade feudal estabelecia sempre um direito local. Diante das organizações de pessoa para determinados objetivos em comum, surgem, assim, as Corporações de Ofício a partir do século XII, para regulamentar o processo produtivo artesanal nas cidades. Tal organização era totalmente independente da esfera estatal, já que cada corporação tinha seus

¹³¹ DINIZ, M.H. **Curso de Direito Civil Brasileiro**: teoria geral do Direito Civil. São Paulo: Saraiva, 2009, p.102.

¹³² Ibidem, p.103

¹³³ SERPA LOPES, op. cit., p.359.

próprios costumes e os aplicava a seus associados segundo os costumes, pautada na informalidade.

Com o surgimento dos Grandes Estados Nacionais Monárquicos, os súditos foram submetidos à autoridade do Monarca, regimento que incluía também obedecer a uma legislação. Houve então a extinção do monopólio estabelecido pelas corporações de ofício, na medida em que os Estados chamam para si o domínio da Jurisdição.¹³⁴

O Direito Brasileiro só veio a reconhecer as pessoas jurídicas com o decreto de 21 de novembro de 1903, haja vista que o Código Comercial de 1850 não as reconhecia. Nas prescrições das obrigações para a criação de empresas e de armazéns gerais, foi feita a introdução do termo pessoa jurídica no ordenamento pátrio. Em 1907, o Decreto 1.637 reconheceu a personalidade jurídica dos sindicatos, O Código Civil de 1916, delimitava o tema nos artigos 16 e 20. O Código de 2002 veio a contemplar a personalidade de forma ampla.¹³⁵

3.3 Natureza e seus requisitos e Classificação das pessoas jurídicas

Algumas teorias se esforçaram para explicar a natureza jurídica. Mesmo não se encontrando uma passividade nos resultados obtidos, o tema denota um avanço significativo para a comunidade jurídica.¹³⁶

A teoria da ficção, elaborada por Savigny, (*Traité de droit romain, trad. Guénoix, Paris, 1845, § 85*)¹³⁷ e repetida pelo seu adepto, Windscheid, é idealizada e fundamentada diante da constatação de que as pessoas jurídicas são entes fictícios criadas pelo direito. Desta forma, as pessoas jurídicas não poderiam ser responsabilizadas pelos atos e condutas de seus componentes, visto que sua existência é fictícia. Assim, não são capazes de delinquir (*societas delinquere non potest*). Para as pessoas jurídicas não existe o entendimento do significado da norma. Conseqüentemente, esta não realiza conduta, não tem culpabilidade e sujeição à pena.

¹³⁴ SERPA LOPES, op. cit., p.360.

¹³⁵ ROTHENBURG, W.C. **Princípios Constitucionais**. Sergio Antônio Fabris Editor, Porto Alegre. 1999, p.33.

¹³⁶ RODRIGUES, S. **Direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2000, p.65.

¹³⁷ Ibidem, p.66.

Diante de inúmeras perguntas sem respostas, surge a “Teoria da Realidade”, que visa a dar novos contornos ao tema. A pessoa jurídica é estabelecida como uma pessoa real, sob condição de responsabilização penal, *societas delinquere potest*, enfoque concedido por Otto Gierke (1841-1921) e seus defensores, Von Tuhr, Von Liszt e Van Hamel. As pessoas jurídicas são distintas de seus representantes e têm vida autônoma, tendo como objetivo o seu fim.¹³⁸

A teoria da realidade jurídica, dentro da construção francesa, também contribuiu para a evolução e elaboração da personalidade da pessoa jurídica, ao estabelecer que não se assemelha à da pessoa física. Trata-se de uma realidade técnica, e não ontológica. Tal premissa foi ressaltada por Beviláqua, que afirmou que o início e o fim da pessoa jurídica são determinados pelo ordenamento jurídico.¹³⁹ A pessoa jurídica existe porque lhe deu vida o ordenamento jurídico, para que cumpra determinadas atividades.¹⁴⁰

Maurice Hauriou desenvolveu a “Teoria da Instituição”, com a contribuição de George Bonnard. Segundo a análise do autor, é a união de indivíduos que passam a atuar com a consciência e responsabilidade social para determinado fim. São entes destinados a preencher finalidades sociais.¹⁴¹

A “Teoria da Personalidade Real”, ou “Teoria Realista”, que se empenhou em explicar o fenômeno da natureza jurídica, propaga que as pessoas jurídicas são dotadas de existência própria e autônomas, não se confundem com as pessoas naturais e executam os interesses humanos ou suas finalidades sociais.¹⁴²

Após o estudo e a análise da sustentação teórica da existência da pessoa jurídica até aqui realizados, surge a necessidade de buscar uma classificação clara e objetiva capaz de dar substrato ao desenvolvimento do trabalho.

Não há pretensão de dissecar o assunto, apenas classificá-lo e posicioná-lo no ordenamento jurídico pátrio, o que servirá de substrato teórico para a presente pesquisa.

As nações politicamente organizadas detêm personalidade jurídica reconhecida na órbita internacional. Portanto, são pessoas jurídicas internacionais. A

¹³⁸ MIR PUIG, S. **Derecho Penal**: parte general. 3. ed., Barcelona: Bosch, Casa Editorial, 1990, p.207.

¹³⁹ BEVILAQUA, C. **Teoria geral do direito civil**: teoria geral do direito subjetivo, análise dos elementos que constituem dos direitos subjetivos. 2. Ed. Rio de Janeiro, 1980, p.139.

¹⁴⁰ VENOSA, S.S. **Direito Civil**. São Paulo: Atlas, 2013, p.244.

¹⁴¹ PEREIRA, C.M.S. **Instituições de direito civil**. Introdução ao direito civil teoria geral do direito civil, 1985, p.207.

¹⁴² Ibidem, p.259.

Igreja Católica, excepcionalmente, é reconhecida neste rol como pessoa jurídica de personalidade internacional, fundamentada no fato de ter um líder reconhecido mundialmente e representações diplomáticas em inúmeras nações.

Pessoas jurídicas de direito público (Código Civil art. 41) compreendem: a nação brasileira, os Estados e os Municípios, Distritos Federais e Territórios, órgãos administrativos com personalidade jurídica, as autarquias (criadas pela lei, art. 5 do decreto 200, de 25 de fevereiro de 1967, alterado pelo decreto de 29 de setembro de 1969); consórcios públicos (lei 11.107 de 06 de abril de 2005) e fundações públicas (lei 7.596 de 10 de abril de 1987). Pessoas jurídicas de direito privado são criadas mediante a vontade individual e têm objetivos delineados em seus atos constitutivos, propondo-se a realizar determinadas atividades de acordo com os interesses de seus criadores, sempre em conformidade com o ordenamento jurídico. Estas estão elencadas no Código Civil de 2002, art. 44.

São também pessoas jurídicas as associações, as sociedades, as fundações, as organizações religiosas e os partidos políticos. As associações constituem-se de pessoas que se unem para determinados fins sem a natureza econômica, não existindo entre os associados direitos e obrigações, quando pode ou não haver patrimônio. Tal definição foi estabelecida pelo Código Civil no artigo 53, determinada a plena liberdade de associar o cidadão brasileiro, art. 53 CF (BRASIL, 1988).

Fundações têm início com a instituição de patrimônio que lhes atribui personalidade para determinado fim, podendo seu instituidor ser pessoa física ou jurídica.¹⁴³ Venosa destaca que se trata de dois momentos para sua constituição: o ato de fundação propriamente dito, que é sua constituição emanada da vontade, e o ato de dotação de um patrimônio, que lhe dará vida.¹⁴⁴ Estas são criadas para exercer atividades geralmente voltadas a fins altruísticos, filantrópicos, culturais e artísticos.

As Sociedades se distinguem das associações e fundações. Primeiramente por sua natureza negocial, ou ser ainda sociedades simples ou empresariais. O modo de exploração do objeto social é determinante para esta caracterização. Se o objeto social explorado não tiver caráter empresarial e uma organização profissional, será caracterizado simples. Caso contrário, deverá ser empresarial.

¹⁴³ VENOSA, S.S. op. cit., p. 244.

¹⁴⁴ Ibidem, p. 287.

As sociedades empresariais comportam um delineamento definido na legislação e são denominadas: sociedade em nome coletivo, sociedade em comandita simples, sociedade em comandita por ações, sociedade em conta de participação, sociedade em conta de participação, sociedade limitada e sociedade anônima. De acordo com as premissas expostas por Ulhôa, as sociedades empresárias podem ser conceituadas como: “a pessoa jurídica de direito privado não estatal que explora empresarialmente seu objeto social ou a forma de sociedades por ações”.¹⁴⁵

Podem ser classificadas também segundo a responsabilidade dos sócios pelas obrigações sociais, dividindo-se em limitada, ilimitada e mista. Estas distinções quanto ao regime de constituição e dissolução estão prescritas no código civil e na Lei 6.404/76 e subdividem as sociedades em contratuais e institucionais. Verifica-se ainda a forma com que podem ser alienadas as participações societárias elencadas em duas categorias, quais sejam: as sociedades de pessoas e de capital.¹⁴⁶

Inseridas pela Lei 10.825 de 22 de dezembro de 2003, as organizações religiosas e partidos políticos têm liberalidade para sua criação e organização, como também para definição da estrutura e seu funcionamento, não podendo o poder público negar-lhes o registro dos atos constitutivos. As pessoas jurídicas de direito, sejam elas de natureza pública ou privada, devem obedecer aos requisitos estabelecidos no ordenamento jurídico para iniciarem suas atividades, e ainda prescindem do elemento volitivo - vontade humana para a constituição.

3.4 Os entraves para a responsabilidade penal das pessoas jurídicas

A discussão em torno da possibilidade da responsabilização penal das pessoas jurídicas é atualíssima. Atualmente, a responsabilização criminal determinada apenas pela análise do dolo ou culpa, elencada nas teorias tradicionais do delito e elaborada a partir da análise do indivíduo, já não significa uma solução adequada e igualitária no combate à criminalidade de pessoas jurídicas.

O controle social amparado no sistema jurídico, atendendo aos reclames e à necessidade de combater a criminalidade, precisa avançar diante de uma nova

¹⁴⁵ COELHO, F.U. **Direito Comercial**. São Paulo: Saraiva, 2009, p.111.

¹⁴⁶ Ibidem, p.112.

perspectiva conceitual para que seja possível a responsabilização das pessoas jurídicas no âmbito do direito penal.

Partindo destas premissas, a preocupação deste tópico é verificar a responsabilidade penal das pessoas jurídicas, considerando-se as lesões cometidas a direitos difusos e coletivos. Sem a intenção de esgotar o assunto, serão apresentadas as possibilidades desta responsabilização e suas formas, assim como a delimitação de suas consequências.

No primeiro momento, dentro do conceito analítico de crime, a análise da responsabilização penal das pessoas jurídicas esbarra na incapacidade da pessoa jurídica de produzir uma conduta, ação ou omissão, o que foi constatado no ditado: *societas delinquere non potest*.

Von Liszt, sec. XIX, que buscou definir conduta penalmente relevante, afirmou que deve tratar-se de um ato voluntário, um movimento corpóreo. Tal premissa foi preconizada na teoria casual-naturalista e posteriormente aprimorada por Hans Welzel (1904-1977), que ensinou que toda conduta teria uma finalidade, um fim. Posteriormente, na teoria social da ação, século XX, a conduta foi considerada aquela que é relevante e lesiva à sociedade.¹⁴⁷

A conduta, como manifestação de vontade, sendo o cerne da análise da sistemática do delito, impossibilita a responsabilização penal das pessoas jurídicas, o que foi constatado por Mauro Angioni.

As pessoas jurídicas, que são criadas pelo direito para realizarem determinadas atividades, não realizam uma conduta, uma vez que são destituídas do elemento vontade e, portanto, não possuem comportamento.¹⁴⁸

Para aplicar uma responsabilidade penal à pessoa jurídica na construção dogmática estruturada do delito, esbarra-se em uma incompatibilidade no campo ontológico para sua responsabilização, tendo em vista que ela não realiza conduta, um dos elementos da imputação penal. Assim, o ente jurídico não tem vontade, já que esta é criada para realizar determinadas atividades que são concretizadas pela determinação de indivíduos.

¹⁴⁷ ZAFFARONI, E.R.; PIERANGELI, J.H. **Manual de direito penal brasileiro**: volume: 1: parte geral. 7 eds. rev. e atual. 2.tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.66.

¹⁴⁸ “Há quem pense que não seja possível, nem sequer para fins de análise científica do crime e do fato, conceber a ação desacompanhada da vontade, nem, portanto, a omissão como realidade e externa por si só” DELMANTO, C. **La Volontarietà del fatto nei Reati, torino, fratelli** Boca, 1972, p.93-94, In Código Penal Comentado. São Paulo: Saraiva, 2011, p.110.

Na mesma linha, a imputação penal das pessoas jurídicas resvala nos fundamentos que delimitam a culpabilidade, os quais também aportam problemas insuperáveis para responsabilização da pessoa jurídica, uma vez que a construção dogmática parte do pressuposto da consciência da ilicitude do fato.

A concepção psicológica da culpabilidade, elaborada por Karl Binding e posteriormente moldada por Franz Von Liszt, de caráter subjetivo, estabelece um vínculo do agente com o fato,¹⁴⁹ tendo o dolo e a culpa como forma de conexão entre o autor e seu fato. No positivismo normativista, que surgiu no final do século XIX, diante da filosofia Kantiana e tendo como expoentes Renard Frank com sua obra “*Obra den Aufbau des Schuldbergriffs*” publicada em 1907, estabeleceu ainda um juízo normativo de valoração, qual seja: a exigibilidade de conduta diversa, e, para tanto, o parâmetro que começou a ser seguido é o homem médio, conforme ressaltado por Machado:

Quando o homem médio, a se identificar como o homem modelo padrão da sociedade, realiza o comportamento incriminador, a se considerar que, se o mesmo assim o fez, todos podem fazê-lo, isto porque o homem médio e aquele valorativamente ideal, e, se é ideal, não pode sofrer as amarguras da lei penal.¹⁵⁰

A culpabilidade passa a conter a imputabilidade, dolo ou culpa e inexigibilidade de conduta diversa, um dos requisitos do fato injusto, tendo um papel de destaque *Goldschmid* nesta teoria.¹⁵¹

Em 1922, elabora-se ainda a culpabilidade de autor, Freudenthal, abandonando-se o conceito de homem médio e com o estabelecimento de uma análise individualizada das circunstâncias em que o autor atuou. Posteriormente o finalismo, Hans Welzel, também não traz uma solução para responsabilização penal das pessoas jurídicas, uma vez que reformula e elabora a culpabilidade, colocando o dolo no tipo penal, e delimita a culpabilidade como: capacidade psíquica de incentivar de acordo com a norma, consciência do caráter antijurídico e ilegibilidade de conduta diversa. A responsabilização das pessoas jurídicas não produz uma resposta satisfatória, já que as principais correntes teóricas partem de uma análise do fato delituoso e levam em consideração a conduta do indivíduo.

¹⁴⁹ **Culpabilidade no Direito Penal**. São Paulo: Quatier Latin do Brasil, 2010, p. 46.

¹⁵⁰ *Ibidem*, p. 53.

¹⁵¹ *Ibidem*, p.14.

Outro aspecto relevante que remete à impossibilidade da responsabilização penal é a aplicação de pena às pessoas jurídicas. A princípio, a condenação teve seu fundamento na religião, período em que havia confusão entre pecado e crime. No entanto, no Iluminismo, com a separação da fé e a razão, alguns expoentes como Hobbes, John Locke e Rousseau repensaram a pena como defesa de possíveis usurpações, que poderiam ser cometidas por cada um contra as regras previstas no contrato social. Tal princípio foi retratado por Gomes:

[...] para evitar estas usurpações (dentro da lógica do contrato social) são necessários motivos sensíveis para conter o ânimo despótico de cada homem, quando pretendem lançar as Leis da Sociedade em seu caos antigo. Esses motivos sensíveis são as penas estabelecidas contra os infratores das leis.¹⁵²

Na contemporaneidade, não se admite que a pena seja transferida a outra pessoa que não seja o acusado, com previsão legal no art. 5º da CF (BRASIL, 1988). A condenação deve, portanto, recair exclusivamente sobre os autores do delito, impossibilitando sua aplicação ao ente coletivo. Considera-se que a execução de uma pena à pessoa jurídica, indiretamente, afetará todos os seus membros.

Já a espécie de pena privativa de liberdade seria impossível aplicar às pessoas jurídicas, instituto destinado exclusivamente a pessoas físicas. A pessoa jurídica é incapaz de ser reeducada, que é um dos fins e objetivos preconizados na pena. Neste mesmo discernimento, considera-se também a incapacidade da pessoa jurídica de se arrepender, frustrando-se os objetivos da pena no que tange aos aspectos da prevenção geral e especial.

Não obstante, na construção da dogmática penal que foi elaborada diante da avaliação do comportamento e conduta do indivíduo, na análise de delitos praticados por pessoas jurídicas, foi necessário criar outro caminho capaz de evitar a impunidade e retirar os entraves à responsabilização penal, tendo-se em vista que a imputação penal nos moldes estabelecidos na teoria tradicional do delito poderia gerar lacunas no que diz respeito às sanções.

¹⁵² GOMES, L.F. op. cit., p.66.

3.5 Responsabilidade penal das pessoas jurídicas

Todavia, no pensamento jurídico contrário à responsabilidade penal das pessoas jurídicas são visíveis as atividades indesejadas por entes coletivos, verificadas por toda a sociedade, quando violam a norma jurídico-penal. Nesta toada, há a necessidade de uma nova e reformulada fundamentação dogmática que considere a nova realidade.

Visa-se a aperfeiçoar a teoria tradicional do delito, principalmente diante do avanço da criminalidade e da necessidade de coibir transgressões contemporâneas, como a lavagem de dinheiro, crimes contra a ordem econômica, abuso do poder econômico, crimes contra a economia popular e ao meio ambiente. São fatos que ampliam a necessidade do Estado de dar uma resposta à sociedade punindo o cometimento de delitos. A responsabilidade penal da pessoa jurídica encontra guarida no texto Constitucional, art. 173 § 5º e 225 § 3º, e no art. 3º da Lei nº 9.605/98, que traz um novo formato para a imputação penal às pessoas jurídicas, diferente daquelas estabelecidas na teoria do delito e que foram já destacadas neste trabalho.

Tal modelo foge do tradicional, que tem como base o indivíduo e parte da análise do art. 3º da Lei nº 9.605/98, criando-se um sistema de imputação para as pessoas jurídicas paralelo ao tradicional.

Art. 3.º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício de sua entidade. Parágrafo único. A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, coautoras ou partícipes do mesmo fato.¹⁵³

A excepcionalidade apresentada pelo ordenamento jurídico quanto à responsabilização das pessoas jurídicas vem delimitada no art. 3º da Lei nº 9.605/98, a qual condiciona alguns requisitos: que o autor da infração seja vinculado à pessoa jurídica; que a infração tenha sido cometida no interesse ou benefício da pessoa jurídica; que o autor material tenha realizado uma conduta sob o amparo da pessoa jurídica, e que ocorra na esfera das atividades da pessoa jurídica.

¹⁵³ BRASIL. **Lei nº 9.605/98**. Brasília: Senado Federal, 1998.

Neste regramento, ainda é imprescindível uma deliberação no âmbito da estrutura do ente coletivo com decisão do órgão que a constitui, ou com uma conduta de seu representante legal que exerça uma representação em decorrência de autorização legal.

A pessoa jurídica não se torna responsável por atos lesivos realizados por pessoas não autorizadas. O executor deve, portanto, estar cumprindo deliberação emanada do poder decisório da empresa. Sendo imputada a responsabilidade, a pessoa física que representava a pessoa jurídica deve ser condenada a pessoa jurídica. Contudo, pode existir condenação da pessoa jurídica sem condenação da pessoa física, uma vez que o art. 3º da Lei 9605/98 exige apenas a ocorrência da infração e do delito.

O interesse da pessoa jurídica deve ser provado, assim como a violação da norma, vinculando-se a lei à responsabilidade da pessoa jurídica quanto a seu benefício e vantagem, o que vem previsto no artigo 3º da lei n.9605/98.

Permanece para a pessoa física a responsabilidade subjetiva, mas a responsabilidade penal da pessoa jurídica decorre da relação objetiva relacionada à conduta do autor do crime.

Outro reforço para responsabilização das pessoas jurídicas é a teoria da dupla imputação, que parte da perspectiva que a imputação penal deve ser tanto para o ente moral como para a pessoa física que atua em benefício da pessoa jurídica, defendida por Gomes, Garcia e Bianchini.¹⁵⁴ Esta corrente doutrinária parte do pressuposto de que a responsabilidade penal das pessoas jurídicas não é penal, propriamente dita. O art. 3º da Lei 9.605/1998 traz um uma hipótese de direito judicial sancionador, “aplicado pelo judiciário, sem fazer uso da pena de prisão, o que permite certa flexibilização¹⁵⁵”. Possibilita-se dupla imputação.

Permanece em relação à pessoa física a análise diante do sistema tradicional. Porém, para as pessoas jurídicas, pode ser verificado um novo sistema, partindo-se do pressuposto de que as ações da pessoa jurídica são independentes da pessoa física. Não se admite a presença no polo passivo da ação penal apenas à pessoa jurídica, devendo ser desvendado quem praticou a conduta delituosa.

¹⁵⁴ Emerge como absolutamente inevitável a incidência da teoria da dupla imputação, leia-se, jamais pode a pessoa jurídica isoladamente aparecer no polo passivo da ação penal (sempre será necessário descobrir quem dentro da empresa praticou o ato criminoso em seu nome e em seu benefício) GOMES, L.F. op. cit., p.369.

¹⁵⁵ Ibidem, p.48.

Precisa haver a responsabilidade da pessoa física para que se impute à pessoa jurídica um ato delituoso¹⁵⁶.

A responsabilização penal das pessoas jurídicas também é sustentada diante do implemento de medidas especiais, que são direitos de mera ordenação social que se situam entre o direito penal e o civil. Ações como a intervenção na empresa, seu fechamento, a suspensão de suas atividades ou sua dissolução¹⁵⁷ trata-se de medidas que visam a sancionar a pessoa jurídica em razão da própria incapacidade do direito penal de lhe imputar a devida responsabilidade.

O direito de intervenção adota mecanismos ágeis e capazes de dar uma resposta eficiente. Hassemer, pertencente à escola de Frankfurt, se esforçou para encontrar novas alternativas para o controle da criminalidade, apresentando a importância do direito de intervenção. Para ele, o direito de intervenção deve cuidar dos bens supraindividuais, em decorrência das novas exigências provocadas pelas sociedades de riscos. Defende ainda que sejam afastados do direito penal os problemas recentes que se aproximaram dele, como sanções menos intensas, e que haja garantias e regulações processuais menos exigentes.¹⁵⁸

A não imposição de pena seria a característica primordial do Direito de intervenção, como também a responsabilidade de entes coletivos, conferindo-se eficiência ao tratamento da pessoa jurídica que venha a violar a norma penal.¹⁵⁹

O direito de intervenção também foi corroborado por Sanchez, que o coloca dentro de sua tese, concernente ao direito de segunda velocidade. Tal teoria foi abordada em sua obra *A expansão do Direito Penal*. O autor foi grande defensor da separação do direito penal; afirma que este deveria atuar em duas velocidades.

A primeira delas é reservada às condutas que geram penas privativas de liberdade, que deveriam conter as garantias estabelecidas e conquistadas historicamente. Já a segunda velocidade diz respeito a outros ilícitos que poderiam

¹⁵⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário 548181 PR (RMS 16696 STJ). Recorrente: Ministério Público Federal. Recorrido: Petróleo Brasileiro S/A – PETROBRAS. Relatora: Ministra Rosa Weber. Brasília, **Julgamento**: 06/08/2013, DJE nº 213, 29/10/2014

¹⁵⁷ MIR PUIG, S. op. cit., p.174.

¹⁵⁸ HASSEMER, W. Características e crises do moderno direito Penal. In: **Revistas de Estudos Criminais**, ano 2, 2003, n 8, 54-55, PUC-RS, p.55-56.

¹⁵⁹ Novos setores, novos instrumentos e novas funções produzem novos problemas. Podem-se sintetizar os problemas do moderno Direito Penal, dois aspectos, os quais se relacionam de modo estreito um com ou outro: o perigo (Gefahr), de que o moderno Direito Penal somente possa realizar a sua execução real de modo deficiente e a expectativa de que se recolha em funções simbólicas. *Ibidem*, p.61.

ser sancionados com outras penas que não fossem privativas de liberdade, admitindo-se também regulações processuais menos exigentes.

Assim, dentro desta nova realidade é possível a imputação penal às pessoas jurídicas. Trata-se de uma tendência mundial, visto que inúmeros países adotam tal responsabilização, como Inglaterra, Estados Unidos, Canadá, Colômbia, Holanda, Nova Zelândia, Austrália, França, Venezuela, México, Cuba, Portugal, Áustria, Japão, China e Dinamarca¹⁶⁰. Tal posicionamento vem também sendo uniformizado por outras nações, principalmente diante do combate à criminalidade organizada.

3.6 A Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica no cenário jurisprudencial pátrio

Na atualidade, o posicionamento do Supremo Tribunal Federal tende a responsabilizar a pessoa jurídica por práticas de delito, o que foi verificado no RE 548181/PR, mas antes mesmo deste julgamento, alguns precedentes trouxeram repercussões e consequências e possibilitaram a atual construção da penalização do ente coletivo pela jurisprudência da nossa mais alta corte.

Com a entrada da lei dos crimes ambientais em 1998, iniciam-se indiciamentos e processos em desfavor exclusivamente das pessoas jurídicas, ainda que de maneira tímida, em que a primeira condenação ocorreu apenas quatro anos após a entrada em vigor da lei ambiental,¹⁶¹ processo que tramitou na 1ª **Vara da Federal** de Criciúma - SC, cuja condenação foi confirmada pelo TRF 4ª Região, processo 2001.72.04.002225-0.

Em 2005, o Superior Tribunal de Justiça no RE 564960 demonstrou uma preocupação sobre o tema e, diante de inúmeras críticas da doutrina, verificou dificuldades na responsabilização apenas das pessoas jurídicas. Contudo, constatou que deveriam ser responsabilizados também os administradores que atuam conjuntamente com a pessoa jurídica.¹⁶²

Não obstante, o tema chega ao Supremo Tribunal Federal, Agravo Regimental, no Recurso Extraordinário 548.181/PR, assunto que não era novo na

¹⁶⁰ SHECAIRA, S.S. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica**: de acordo com a lei n 9.605/98. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p42-46

¹⁶¹MORAES, K.F.; BEBAION, D.J. Responsabilidade penal da pessoa jurídica lei dos crimes ambientais (Lei nº9605/98). In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVII, n. 125, jun 2014

¹⁶² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 564.960**. Relator Ministro Gilson Dipp. 2016.

mais alta corte brasileira.¹⁶³ Porém, a primeira Turma se torna a responsável para novamente resolver a polêmica que envolvia esta discussão, Recurso Extraordinário de relatoria da Ministra Rosa Weber.

A peça preambular do Ministério Público Federal trazia uma narrativa de que em uma Refinaria da Petrobras, no município de Araucária, rompeu-se um duto que desencadeou um derramamento de quatro milhões de litros de óleo cru nos rios Barigui e Iguaçu e em seus entornos, com geração de danos ambientais. Esta ação penal visava, oportunamente, à condenação do presidente da empresa. Houve, no entanto, trancamento da ação penal em 2005, pela 2ª Turma Superior Tribunal de Justiça – STJ. O MPF interpôs o RE 548.181.

O Ministério Público Federal, inconformado com esta decisão, apresentou o Recurso Extraordinário, RE 548.181, resistindo à decisão do Superior Tribunal de Justiça, que condicionava a persecução penal da pessoa jurídica à persecução penal da pessoa física. Entendia o MPF que tal obrigatoriedade implicaria infringência ao art. 225, § 3º, CF, diante da constatação de que em crimes ambientais não existe este condicionamento da dupla imputação. Neste recurso extraordinário, RE 548.181, se discutia se a ação penal nº 2000.79.00.019440-4 TRF da 4ª Região, promovida pelo Ministério Público Federal em virtude de crimes ambientais, poderia ser julgada sem a inclusão dos representantes das pessoas jurídicas que causaram o dano ambiental.¹⁶⁴

Existia, até aqui, uma tendência de imputar a responsabilidade penal à pessoa jurídica concomitantemente com a pessoa física, chamada dupla imputação. Até aquele momento o posicionamento predominante que delimitava os contornos da persecução penal às pessoas jurídicas estabelecia que a denúncia deveria conter a pessoa jurídica e a física que atuou em benefício do ente coletivo.

Contudo, o posicionamento do Supremo Tribunal Federal foi no sentido de não mais condicionar a responsabilidade da pessoa jurídica com a da pessoa física, trazendo um novo balizamento para a responsabilidade penal das pessoas jurídicas. Neste julgamento houve o entendimento de que a responsabilidade da pessoa jurídica é independente e que os bens jurídicos difusos são direitos fundamentais de

¹⁶³ HC 92.921, Primeira Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Dje 26.9.2008; AgRg no RE 593.729, Segunda Turma, Rel. Min. Cezar Peluso, Dje 6.03.2009. Na doutrina brasileira, por todos: FREITAS, V.P.; FREITAS, G.P. **Crimes contra a natureza**. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p.70-1.

¹⁶⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário 548181 PR (RMS 16696 STJ). Recorrente: Ministério Público Federal. Recorrido: Petróleo Brasileiro S/A – PETROBRAS. Relatora: Ministra Rosa Weber. Brasília, **Julgamento**: 06/08/2013, DJE nº 213, 29/10/2014.

terceira geração, devendo ser protegidos e resguardados pelo ordenamento jurídico. A Constituição não condiciona que para a responsabilização penal das pessoas jurídicas seja necessário a denúncia conter a pessoa física e a jurídica.

O entendimento firmado na decisão no RE 548181 observa que não é necessária a obrigatoriedade da dupla imputação, visto que tal imposição representa um impacto significativo para o princípio constitucional da responsabilidade penal da pessoa jurídica em crime contra o meio ambiente. Neste novo paradigma jurisprudencial, foram vencidos os do Ministros Marco Aurélio e Luiz Fux, e votaram com a relatora, Ministra Rosa Weber, os Ministros Luiz Roberto Barroso e Dias Toffoli.

Em 2015, o STJ¹⁶⁵ adotou o mesmo entendimento do STF, corroborando a tese de que não seria mais necessária a dupla imputação. Os tribunais brasileiros aceitam de forma pacífica a responsabilidade penal das pessoas jurídicas.

3.7 Aspectos relevantes da responsabilização penal da pessoa jurídica na legislação brasileira

A legislação infraconstitucional trouxe de forma inédita, por intermédio da lei 9.605 de 12.2.1998, a proteção do meio ambiente, dispondo de forma efetiva a possibilidade da responsabilização penal às pessoas jurídicas e trazendo sanções, uma vez que os danos causados em decorrência de suas atividades geram um grande impacto e destruição para a comunidade e devem ser coibidos.

Não obstante a positivação clara no texto constitucional art. 225 § 3º, da CF 1988, a lei 9605/98 prevê peculiaridades, já que estabelece de forma clara que para a imputação da pessoa jurídica a infração deve ser cometida por seu representante legal ou contratual ou por seu órgão colegiado, tendo ainda que ser verificado se houve benefício e atendimento de interesses da pessoa jurídica, não tendo a legislação colocado nenhuma restrição no que diz respeito à imputação penal das pessoas jurídicas de direito público e direito privado; todas,

¹⁶⁵ BRASIL, **RMS 39.173** – BA, Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, 2015. Disponível: <https://ww2.stj.jus.br>. Acesso: 07/03/2018.

independentemente da natureza jurídica, podem ser responsabilizadas por condutas ilícitas.¹⁶⁶

Detém uma importância grande a lei 9.605 de 12.2.1998, haja vista que prevê, além da responsabilização penal, a imposição de penas restritivas de direitos, prestação de serviços à comunidade e multas. São estabelecidas penas - como a suspensão parcial das atividades, interdição temporária do estabelecimento da obra ou atividade que executa, bem como a proibição de contratar com o poder público e de obter doações ou subvenções e obtenções de subsídios - que trazem, assim, um novo delineamento de punições às pessoas jurídicas que violarem a norma penal ambiental.

Um aspecto relevante do legislador é a possibilidade de serviços prestados à comunidade, constituídos por custeio de programas e projetos ambientais como por recuperação de áreas degradadas, manutenção de espaços públicos e contribuições a entidades que visem à preservação do meio ambiente.

A lei 9.605/98 estabelece uma espécie de “pena de morte”, consistente para aquela pessoa jurídica criada e utilizada para praticar crimes ambientais, que poderá ter sua liquidação forçada e seu patrimônio perdido em favor do Fundo Penitenciário Nacional.

Outro instrumento normativo, a lei de Biossegurança, lei 11.105/05, que regula atualmente a segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam Organismos Geneticamente Modificados (OGMs), não determina de forma expressa, mas coaduna com este novo enfoque contemporâneo da possibilidade de responsabilização das pessoas jurídicas.

A legislação estabelece a proteção da Biossegurança e prescreve que as entidades públicas ou privadas são responsáveis pela obediência aos preceitos da Lei e de sua regulamentação, sendo responsáveis por eventuais consequências ou efeitos advindos de seu descumprimento¹⁶⁷.

A tutela da Ordem econômica, lei 12.529/2011, prevê de forma expressa a responsabilização da pessoa jurídica pelos atos de infração à ordem econômica,

¹⁶⁶ MACHADO, P.A.L. **Direito Ambiental Brasileiro**. 23ª edição. 2014. Editora Malheiros. p. 843

¹⁶⁷ Art. 2º As atividades e projetos que envolvam OGM e seus derivados, relacionados ao ensino com manipulação de organismos vivos, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico e à produção industrial ficam restritos ao âmbito de entidades de direito público ou privado, que serão responsáveis pela obediência aos preceitos desta Lei e de sua regulamentação, bem como pelas eventuais consequências ou efeitos advindos de seu descumprimento. BRASIL. **Lei nº 11.105**, de 24 de março de 2005.

prevendo penas específicas para as pessoas jurídicas. Princípios, como da livre iniciativa e a livre concorrência, são tutelados pela norma penal.

A lei 12.529/2011 segue uma orientação da Constituição Federal de 1988, que impôs ao legislador ordinário a responsabilidade de elaborar regras capazes de punir as pessoas jurídicas que cometerem ilícitos contra a Ordem Econômica.

O domínio exacerbado do mercado, o extermínio abusivo dos concorrentes, a busca pelo lucro abusivo e desenfreado, atos que visem de forma intencional a prejudicar a concorrência, o cerceamento da livre iniciativa e da liberdade de mercado, determinam um cuidado especial por parte do Estado para punir tais condutas.

A lei visa a trazer um desestímulo a condutas ilícitas ao impor determinadas condições àquelas pessoas jurídicas que atuem no mercado financeiro, objetivando que sejam comprometidas com uma conduta que não traga prejuízos para a sociedade.

Regras mínimas são capazes de desenvolver um ambiente de competitividade e estímulos que busquem o crescimento econômico da nação¹⁶⁸. A lei 12.529/2011, além de conter todas aquelas penas previstas em lei ambiental já destacada neste capítulo, traz uma peculiaridade, uma vez que prescreve multa sobre o faturamento bruto da empresa, grupo ou conglomerado, ressaltando que a respectiva multa não pode ser inferior à vantagem auferida, desde de que seja possível a mensuração do dano.¹⁶⁹

Mas a que tem maior destaque na atualidade no ordenamento jurídico pátrio e determina uma observância grande por partes das pessoas jurídicas foi elaborada em 2013 e entrou em vigor 1º de agosto de 2013, chamada lei anticorrupção, lei 12.846, que trouxe um novo balizamento no que tange às punições às pessoas jurídicas.

Diante de desvios de condutas que atentem contra princípios da administração pública, como também do patrimônio público nacional ou estrangeiro e dos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, devem ser

¹⁶⁸ GRAU, E.R. **A ordem econômica na constituição de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2000. 5ª. Ed. rev. atual. p. 123-161,

¹⁶⁹ ALES, F.A.V.B. **Novos rumos do Direito Empresarial brasileiro: a Lei nº 12.529/2011 e a defesa da concorrência**. Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3141, 6 fev. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/21030>>. Acesso em: 30 jun. 2017.

responsabilizadas penalmente as pessoas jurídicas que cometerem ilícitos previstos na lei 12.846/2013.

A lei inclui penas como a perda dos bens, direitos ou valores obtidos fraudulentamente; suspensão ou interdição parcial das atividades; dissolução compulsória da pessoa jurídica; proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções ou doações de órgãos ou entidades públicas pelo prazo de 1 a 5 anos.

É considerada atualmente um instrumento fundamental no combate à corrupção, uma vez que tem o objetivo de resguardar o patrimônio público e salvaguardar os princípios da administração pública, prevenindo violações contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil.

A lei 12.846/2013 traz um rol extensivo de condutas consideradas ilícitas, prevendo a elaboração de programas de *compliance* o que possibilita um processo de fiscalização e transparência no sentido de evitar a prática de ilícitos; faculta ainda às pessoas jurídicas realizarem acordos de leniência, desde de que colaborem para o esclarecimento das infrações e identifiquem os autores e partícipes, e podem ter uma redução significativa da pena. Atualmente, a lei 12.846/2013 tem facilitado a investigação e a apuração de delitos que envolvam as grandes organizações criminosas.

4- A APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO ÀS PESSOAS JURÍDICAS

No Brasil, direitos e garantias fundamentais se aplicam às pessoas jurídicas, conforme já ressaltado nos capítulos anteriores, usufruindo os entes coletivos de tratamento que possibilite uma isonomia e equidade perante o ordenamento jurídico. As pessoas jurídicas são reconhecidas como entes autônomos desvinculados das pessoas físicas que lhe deram vida. Por outro lado, o processo judicial, que é palco para aplicação do princípio constitucional da não autoincriminação, regido pelo devido processo legal do contraditório e da ampla defesa, ao sofrer acusação formal por parte do Estado - às pessoas jurídicas, aplica-lhes o direito da não autoincriminação. Portanto, cabe neste tópico detalhar a medida, a extensão e os limites desta aplicabilidade.

4.1A dinâmica do ônus probatório no processo penal constitucional democrático

São superadas as soluções desenvolvidas nos métodos que eram utilizados como as ordálias e os duelos em que predominava o poder punitivo, estampados no século XII e XIII, período em que o interrogatório assumiu o protagonismo capaz de demonstrar a realidade almejada pelo acusador. Sendo acusadas tanto a pessoa física como a jurídica, na persecução criminal por parte do Estado, a culpa precisa ser provada em juízo.

Desta forma, o ônus de demonstrar as afirmações apresentadas em juízo se torna necessário para a condenação do acusado. Nesta perspectiva democrática de Estado, entende-se que o processo é um meio que proporciona de forma efetiva a participação dos envolvidos, dando-lhes a oportunidade de participar da solução e de que discutam todas as questões permitidas a que foram submetidos, com as provas capazes de levar à convicção do julgador.

Por outro lado, as formas de produção da prova foram experimentadas de maneira diferente no decorrer da história da humanidade, principalmente diante das características verificadas nos processos inquisitivo e acusatório.

Destacam-se dois modelos de sistema: o acusatório e o inquisitivo, que revelam muito sobre o modo com que se propõem a buscar as provas capazes de levar o acusado à condenação.

A produção da prova tem tratamento distinto nestes sistemas. No sistema inquisitivo, o Juiz exerce o monopólio da investigação, concentrando em suas mãos o papel de acusar e julgar. O Juiz constrói toda a narrativa capaz de levar à condenação do acusado, determinando de ofício a produção de prova. O acusado é objeto da investigação, gerando-se um grande desequilíbrio entre as partes. Além disso, há ausência do contraditório e não se permite a participação da defesa, sendo esta meramente formal.¹⁷⁰

O sistema acusatório, diferentemente, trata o acusado como sujeito de direitos, preserva as garantias em detrimento dos resultados e determina uma limitação para atuações das partes. Dissocia-se a atividade de acusar e a de julgar. Em regra, o processo é oral e público, sem tarificação das provas, levando a uma decisão calcada no livre convencimento fundamentado do Julgador. O juiz deve julgar com base nas provas¹⁷¹ produzidas pelas partes, sendo estas os responsáveis pela produção delas, devendo o órgão julgador garantir as regras do jogo, conforme afirmado por Ferrajoli, “um espectador reservado.”¹⁷²

No atual sistema brasileiro, prevalece um modelo com muitas características do sistema acusatório,¹⁷³ principalmente diante das suas peculiaridades, que permite

¹⁷⁰ COUTINHO, op. cit., p.105.

¹⁷¹ Leonardo Greco, no seu artigo O conceito de prova menciona que o caráter polissêmico da expressão, adotada para expressar diversos momentos da atividade probatória: assim, provas são, em primeiro lugar, os fatos probantes, os fatos que apresentam circunstâncias das quais se extrai o conhecimento dos fatos provados; - são os meios físicos de comunicação que transmitem os fatos probantes ou os fatos provados ao conhecimento do julgador. Na prova judiciária, são os testemunhos, os documentos, os laudos periciais ou quaisquer outros, ainda não previstos ou regulados em lei; - provas são as atividades humanas desenvolvidas por diversos sujeitos, através das quais os meios de prova comunicam ao julgador o conhecimento dos fatos, de modo adequado a influir no seu julgamento. Na prova judiciária é o procedimento probatório, com todos os seus atos de proposição, admissão e produção; - Provas são ainda os argumentos ou inferências desenvolvidas racionalmente, com base em deduções, induções, máximas de experiência ou presunções, para influir no julgamento da existência dos fatos; - prova é, por fim, o conclusivo acerto da existência ou não dos fatos provados, manifestado em decisão fundamentada pelo julgador com base em todos os elementos anteriores. GRECO, L. O conceito de prova. In MARINONI, L.G. (coord.). **Estudos de Direito Processual Civil: Homenagem ao Professor Egas Dirceu Moniz de Aragão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 366-403.

¹⁷² FERRAJOLI, op. cit., p.520.

¹⁷³ Fernando Capez classifica, destaca que o sistema penal brasileiro é acusatório. Isso se dá pela incidência de diversos dispositivos constitucionais garantidores, como da tutela jurisdicional (art. 5º, XXXV), do devido processo legal (art. 5º, LIV), da garantia do acesso à justiça (art. 5º, LXXIV), da garantia do juiz natural (art. 5º, XXXVII e LIII), do tratamento paritário das partes (art. 5º, caput e I), da

a participação de sujeitos processuais que tenham interesses antagônicos. A acusação tem o ônus de produzir as provas dos fatos alegados, com vistas ao convencimento do órgão julgador que não mais detém poder sobre os acusados. Ao juiz é vedado qualquer procedimento que busque incriminar o acusado. Portanto, o magistrado já não é mais um investigador, característica que possuía no processo inquisitivo, quando a prova era extorquida do acusado.

Neste processo penal brasileiro acusatório, as partes abrigam alguns ônus que não devem ser confundidos com obrigação, pois esta gera consequências em caso do não cumprimento. O ônus, diferentemente, requer ser demonstrado apenas para que se gere um reconhecimento.¹⁷⁴

Conforme dito por Carnelutti, a pedra de toque para distinguir ônus de obrigação consiste em verificar se a violação do preceito pode ou não ser definido como ato ilícito.¹⁷⁵

Segundo Cândido Rangel Dinamarco, o ônus ainda pode ser absoluto ou perfeito, ou ainda relativo e imperfeito.¹⁷⁶

Nesta linha, se o ônus da prova cabe ao órgão acusador, o acusado não pode ser obrigado a produzir uma prova que leve a sua incriminação. Todavia, isto não significa que não deve produzir nenhuma prova, tendo em vista que os fatos que alegue, estes sim, devem provar¹⁷⁷.

ampla defesa (art. 5º, LV, LVI e LXII), da publicidade dos atos processuais e motivação dos atos decisórios (art. 93, IX) e da presunção da inocência (art. 5º, LVII). CAPEZ, F. op. cit., p.14.

¹⁷⁴ BAPTISTA DA SILVA, O.A. **Curso de Processo Civil**. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1996, v. 1 (Processo de Conhecimento), p. 289.

¹⁷⁵ CARNELUTTI, F. op. cit. p.222.

¹⁷⁶ Cândido Rangel Dinamarco, destaca que o ônus conforme seu descumprimento pode levar a uma à consequência desfavorável ou de privação ao sujeito de uma situação benéfica, (ônus absolutos ou perfeitos) ou somente torne improvável a vantagem ou provável o prejuízo dos relativos (ou imperfeitos).

¹⁷⁷ José Frederico Marques, destaca que: “este, aliás, é o sistema adotado em nosso Código de Processo Penal, como se vê da análise do art. 156, em combinação com o que consta do art. 386. (...) Só se verifica haver prova suficiente para a condenação quando se demonstra a existência do crime na integralidade de todos os seus elementos constitutivos. O Ministério Público deve provar a prática do fato típico. Feita essa demonstração fundamental, segue-se o juízo de valor sobre a ilicitude da conduta tipificada. Existindo uma causa excludente da antijuridicidade, o fato típico não será ilícito. Ao réu, porém, incumbe provar a existência dessa causa excludente da ilicitude, para que demonstre ter agido *secundum jus*. Não lhe cumpre, porém, como lembra Robert Vouin, trazer 'uma prova plena e completa em apoio de sua defesa', porquanto a prova insuficiente pode mostrar ser provável a existência da causa excludente e justificar assim a absolvição '*pour la raison que le doute profile al'inculpé*', ao reverso do que se dá com a acusação, que somente pode ser procedente com provas decisivas, '*pour la raison que l'inculpé est presumé innocent*'. Idêntico fenômeno ocorre com o ônus da prova no tocante às causas de exclusão da culpabilidade mencionadas no art. 386, n. V, do Código de Processo Penal. (...) de um modo geral, o *onus probandi* é repartido, também no processo penal, segundo a regra de que 'incumbe a cada uma das partes alegar e provar os fatos que são a base da norma que lhes é favorável'. E isto quer se trate de norma jurídico-penal, como de norma

Neste ponto, o ônus pode ser encarado nos seus aspectos objetivos, verificado pela doutrina processual austríaca, destacado por Vivente Greco Filho. Tal premissa impõe ao juiz estudar toda prova constante dos autos, não levando em consideração quem as produziu. Registre-se a impropriedade da expressão “ônus objetivo¹⁷⁸”, uma vez que o juiz não tem ônus, mas dever funcional de decidir.

Nesta verificação da dinâmica do ônus probatório, o Código de Processo Penal, no seu art. 156, prevê que o ônus da prova pertence a quem o alega. Ao acusador cabe, portanto, o ônus probatório. É dever da acusação provar, e caso não obtenha êxito há consequências, como a inutilidade de suas alegações, uma vez que estas não foram demonstradas. Nesta relação estabelecida entre direitos e obrigações que se encontram em um processo, o dever de provar recai sobre a acusação.

A missão de provar, concomitantemente com o respeito à presunção da inocência, estabelecida na Constituição Federal de 1988, inciso LVII do artigo 5º, sustenta a aplicabilidade aos entes coletivos do princípio da não autoincriminação, neste devido processo legal, uma vez que cabe à acusação o ônus de demonstrar, por intermédio de provas e além da autoria, a inexistência de causas excludentes de tipicidade e da ilicitude, como também de culpabilidade.¹⁷⁹

O ônus da prova no processo penal também não se encontra pacificado diante de outros posicionamentos que divergem quanto à dinâmica do ônus probatório. Alguns posicionamentos alertam que a acusação apenas deve provar a autoria e a existência do delito.¹⁸⁰

Um ponto importante a ser destacado é o papel fundamental da legislação processual penal na definição dos limites de atuação dos legitimados para o

processual. MARQUES, J.F. **Elementos de Direito Processual Penal**. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1965, v. 2. p.286.

¹⁷⁸ GRECO F, V. **Direito Processual Civil Brasileiro**. Vol. 2. 20. Ed. São Paulo: Saraiva, 2009.p.130.

¹⁷⁹ JARDIM, A.S. **Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p.209.

¹⁸⁰ Defendido por Mirabete, no seu Código de Processo Penal Interpretado. Dispõe a lei que a prova da alegação incumbe a quem a fizer, princípio que decorre inclusive na paridade de tratamento das partes. No processo penal condenatório, oferecida a denúncia ou a queixa cabe ao acusador a prova do fato típico (incluindo dolo e culpa) e da autoria, bem como das circunstâncias que causam o aumento da pena (qualificadoras, agravantes, etc.); ao acusado cabe a prova das causas que excluem a antijuridicidade, culpabilidade e punibilidade, bem como das circunstâncias que impliquem a diminuição da pena (atenuantes, causas de diminuição da pena, etc.), ou a concessão de benefícios penais. Não está, pois, o réu obrigado a produzir prova contra si. Cabe ao réu, também, se pretender a absolvição com base no artigo 386, I, do CPP, a prova da 'inexistência do fato'. MIRABETE, J.F. **Código de Processo Penal Interpretado**. São Paulo: Atlas, 1999, p.242.

processo. Adotando qualquer destes posicionamentos quanto à dinâmica do ônus da prova, permanece ainda intacto o direito da não autoincriminação às pessoas jurídicas.

Diante da verificação e do efetivo cumprimento da regra do art. 156 do Código de Processo Penal, o ônus da acusação é provar a autoria e a existência do delito, visto que o acusado - no caso, as pessoas jurídicas - tem o direito de não produzir provas contra si mesmo.

Se consideramos o ônus da acusação em provar a autoria e a existência do delito - assim como se defendermos que a acusação deva provar a inexistência de causas excludentes de tipicidade e da ilicitude, como também da culpabilidade -, não haverá interferência na aplicabilidade do direito da não autoincriminação às pessoas jurídicas.

Às pessoas jurídicas, sendo sujeito passivo de um processo penal, é imprescindível o reconhecimento por parte do ordenamento jurídico de direitos e garantias processuais, e não pode esta ser colocada em posição inferior à da pessoa física, sendo essencial que assegure às partes a simétrica paridade nas discussões judiciais.

Não admitir o direito da não autoincriminação às pessoas jurídicas é afirmar um processo de exceção, calcado em regras inquisitoriais. Tratar-se-ia, portanto, da violação oportunamente do princípio do devido processo legal, não se considerando que as regras estipuladas para a confecção das provas são uma garantia fundamental.

Os mesmos instrumentos probatórios e garantias processuais de que são detentoras as pessoas físicas são asseguradas às jurídicas, diante de uma verificação da compatibilidade destas normas com a natureza dos entes coletivos. Salvaguardam-se as garantias processuais, uma vez que o núcleo do direito fundamental da não autoincriminação é não ser obrigado a colaborar com a produção de prova que auto incriminem.

4.2 Da observância ao núcleo essencial do direito da não autoincriminação

Não cooperar na produção da prova que venha a incriminar a pessoa jurídica é o fundamento da norma de direito fundamental do princípio da não autoincriminação. Das pessoas jurídicas não se pode exigir uma atitude ativa, com propósito de que produzam uma prova que seja capaz de lhes incriminar.

Foi ressaltado nos tópicos anteriores, diante de uma análise do presente trabalho, que nenhum direito é absoluto. Desta forma, estabelecem-se restrições no nível da regra como também no campo principiológico, mas que não impedem uma observância ao núcleo essencial do direito da não autoincriminação, garantindo uma finalidade e um valor que o justifique.¹⁸¹

Não existe um consenso na defesa do núcleo essencial de um direito fundamental, matéria que não traz uma unanimidade na visão da doutrina. A abordagem sofre análises distintas diante da teoria que for adotada. No campo dos conflitos estabelecido na teoria absoluta (*absolute theorie*) e na teoria relativa (*relative theorie*), o significado desta proteção dos direitos fundamentais é distinto.

As teorias objetivas entendem que uma intervenção na eficácia de um direito fundamental que torne insignificante todos os componentes da sociedade ou parte deles deve ser proibida.¹⁸²

Em teorias subjetivas utiliza-se o sopesamento, para que seja feita a limitação do direito fundamental, diante de uma análise de cada caso concreto, não havendo um conteúdo essencial, uma característica da imutabilidade, mas sim um mínimo residual da norma de direito fundamental.

O tema encontra-se tratamento delimitado em alguns ordenamentos constitucionais: na constituição alemã, 1949, art. 19, constituição portuguesa de 1976, art.18º, III, prevendo-se em tais arcabouços jurídicos, de forma expressa, a proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais. No Brasil, o pacto constitucional de 1988 não trouxe em seu texto a proteção expressa do núcleo essencial.

A jurisprudência pátria tem se manifestado pelo respeito do núcleo essencial em inúmeros julgados. Restrições aos direitos fundamentais têm limites, sob pena

¹⁸¹ MIRANDA, J. **Manual de direito constitucional**, vol. IV, 3ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 341.

¹⁸² ALEXY, R. op. cit., p. 297.

de se esvaziar substancialmente a norma de direito fundamental. A constatação da proporcionalidade no texto constitucional leva a uma aceitação de um conteúdo mínimo a ser respeitado aos direitos fundamentais.

No Habeas Corpus 82.952, pode ser verificado o respeito ao conteúdo essencial. Relatado pelo Ministro Marco Aurélio, reconheceu que a imposição do regime integralmente fechado para o cumprimento de condenação em crimes hediondos implicaria violar o núcleo essencial do princípio da individualização da pena privativa de liberdade.

A discussão foi travada diante de uma análise de se poderia o legislador prescrever para crimes hediondos o cumprimento da pena no regime integralmente fechado.

A intervenção feita pelo legislador foi considerada uma violação ao núcleo essencial do princípio constitucional da progressão da pena. Autorizar a intervenção feita pelo legislador implicaria esvaziar o conteúdo do direito da progressividade de pena; assim, deveria prevalecer o respeito ao conteúdo essencial do direito previsto pela norma que estabelece o direito à progressão da pena.

De outro lado, na restrição do direito fundamental da não autoincriminação às pessoas jurídicas, outro fator deve ser observado para que se garanta a observância ao núcleo essencial, o princípio da proporcionalidade, que será um vetor capaz de trazer vedação ao excesso da limitação do núcleo essencial, sendo levados em consideração os subprincípios da necessidade (*Erforderlichkeit*) e da adequação (*Geeignetheit*).¹⁸³ O que foi ressaltado por Virgílio Afonso da Silva:

Segundo essa versão, a garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais nada mais é que a consequência da aplicação da regra da proporcionalidade nos casos de restrições a esses direitos. Ambos os conceitos- conteúdo essencial e proporcionalidade- guardam íntima relação: restrições a direitos fundamentais que passa no teste da proporcionalidade não afetam o conteúdo essencial dos direitos restringidos¹⁸⁴

Os meios utilizados devem ser adequados e, havendo outro meio eficaz, não se deve restringir o direito fundamental. O exercício desta fundamentação impede excessos e abusos, sendo os limites constitucionais de conformação”.¹⁸⁵ O conteúdo

¹⁸³ ALEXY, R. op. cit., p. 333

¹⁸⁴ VIRGÍLIO, A.S. op. cit., p.56.

¹⁸⁵ Ibidem, op. cit., p. 58

essencial do direito da não autoincriminação deve ser respeitado, sob pena de se esvaziar o conteúdo essencial do direito.

4.3 As restrições justificadas ao princípio da não autoincriminação

Neste tópico, serão abordadas as restrições do princípio da não autoincriminação às pessoas jurídicas, considerando-se primeiramente que a abordagem por este método implica estabelecer uma visão analítica das normas de direitos fundamentais.

Exige-se uma investigação do que é efetivamente protegido pela norma de direito fundamental para então prosseguirmos com as restrições, fenômeno que foi observado com muita propriedade nas teorias internas e externas.

Virgílio Afonso ressalta que esta criação dogmática nas teorias Internas e Externas, concernente às restrições de direitos fundamentais, foi fruto de uma base elaborada pelas criações teóricas do direito civil, sobretudo entre Planiol e Ripert e Josserand.¹⁸⁶

A teoria interna traz a possibilidade da existência do direito e sua restrição. Vislumbra-se primeiramente o direito, e posteriormente, após uma restrição, o direito restringido. A teoria interna traz apenas o direito com seu conteúdo e seus limites, tendo o legislador um protagonismo na concretização dos termos. Não há nesta teoria colisões entre direitos fundamentais, uma vez que, não estando assegurada determinada posição, esta não se encaixaria no suporte fático desta norma de direito fundamental.¹⁸⁷

Na teoria externa¹⁸⁸, o direito fundamental é concebido sem limitações, sendo incluída toda a conduta estabelecida *prima facie* de um direito fundamental. Porém, apenas será classificada posteriormente como direito definitivo uma conduta que sofra restrições externas por outras normas e outros direitos, podendo ocorrer

¹⁸⁶ SILVA, V.A. **Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2014, p.67.

¹⁸⁷ Ibidem, p. 68.

¹⁸⁸ Na teoria externa defendida por Robert Alexy, Gloria Patricia Loera Mesa, Martin Borowski, Gilmar Ferreira Mendes, Marucio Zanoide de Moraes, Virgílio Afonso da Silva, toda conduta que possua relação com a temática da norma, mesmo a ilícita preenche o suporte fático do direito fundamental. MARTELETO, F.W. **O Direito à não autoincriminação no processo penal contemporâneo**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2012, p.54.

restrições por critérios estabelecidos no sopesamento e na regra da proporcionalidade.

A escolha de uma destas teorias, internas ou externa, traz reflexos para a análise das normas de direitos fundamentais, já que a pesquisa é elaborada sob a concepção do direito da não autoincriminação como princípio jurídico garantido a *prima facie* pela norma constitucional, mas que pode sofrer restrições tanto a nível da norma como também diante de uma colisão com outros princípios.

A garantia constitucional do direito da não autoincriminação defendida aqui tem um amplo suporte fático, já que autoriza a pessoa jurídica a não cooperar com a produção da prova, ressaltando-se mais uma vez que nenhum direito pode ser exercido de forma irrestrita. A proteção da coletividade, a busca da verdade processual e o exercício do direito da não autoincriminação despenderão de técnicas e meios para a solução deste conflito.¹⁸⁹ Em determinado caso concreto, estes mecanismos poderão culminar em restrições a este direito fundamental.

Oportunamente, antes da análise de inclusão de situações legais capazes de restringir o princípio da não autoincriminação, se fará a precisão da amplitude do suporte fático do direito fundamental.

O suporte fático pode ser compreendido em dois sentidos, o primeiro deles tem abrangência ampla. Trata-se do suporte fático amplo. Já o segundo é denominado fático concreto.¹⁹⁰ Suporte fático amplo diz respeito aos fatos e atos delimitados pela norma, que quando preenchidos desencadeiam uma consequência jurídica.

Suporte fático concreto será a definição de quais atos, posições ou fatos são descritos pela norma e preveem um resultado jurídico, caso sejam executados em sentido concreto. No suporte fático concreto verifica-se a ocorrência daquilo que a norma juridicizou.

Alexy ensina que dentro deste suporte fático amplo se encontram o âmbito de proteção, a intervenção estatal e, concomitantemente, a fundamentação constitucional. O Âmbito de proteção, em sentido amplo, pode ser considerado tudo

¹⁸⁹ SILVA, V.A. op. cit., p.67.

¹⁹⁰ Uma primeira distinção importante, quando se fala em suporte fático, é aquela entre suporte fático abstrato e suporte fático concreto, suporte fático abstrato é o formado, em linhas ainda gerais, por aqueles fatos ou atos do mundo que são descritos por determinada norma e para cuja realização ou ocorrência se prevê determinada consequência jurídica: preenchido o suporte fático, ativa-se a consequência jurídica. Suporte fático concreto, intimamente ligado ao abstrato, é a ocorrência, no mundo da vida, dos fatos ou atos que a norma jurídica, em abstrato, juridicizou. Ibid., p.86.

aquilo que deve ser protegido pela norma. Já o âmbito de proteção restrito é uma triagem para que seja conferida uma congruência entre aquilo que descreve a norma e o que realmente é protegido.

O professor Virgílio Afonso da Silva estabelece ainda como elementos do suporte fático o âmbito de proteção, a Intervenção Estatal e a ausência de fundamentação constitucional, acrescentando o requisito da fundamentação constitucional. Destaca ainda que havendo somente estes dois elementos não se configuraria a ocorrência de uma consequência jurídica de um direito de liberdade, portanto seria necessário ainda que não houvesse uma fundamentação constitucional. Ao contrário, se estaria diante de uma restrição a este direito fundamental.¹⁹¹

A verificação de restrições de ordem externa ao direito da não autoincriminação será possível diante da adoção da teoria externa, uma vez que partimos do pressuposto e da concepção do direito fundamental da não autoincriminação sem limitações, e possíveis restrições somente serão definidas posteriormente; neste caso, devem-se usar os métodos do sopesamento e da regra da proporcionalidade. Devem ser fundamentadas todas as intervenções do exercício do direito, sob pena de ocorrer uma violação que, por questões metodológicas, serão clarificadas nos próximos tópicos.

4.4 Restrições no nível da regra

No nível da regra podem ocorrer restrições ao princípio da não autoincriminação às pessoas jurídicas, limitando-se o exercício deste direito fundamental. A legislação pode, de alguma forma, interferir nesta posição jurídica, que, *a priori*, são protegidas pela norma.

Nenhum direito é absoluto. Partindo-se desta premissa, as pessoas jurídicas podem sofrer restrições ao exercício do direito da não autoincriminação, o que pode ser constatado e verificado mediante aplicação de regras, como também de princípios, capazes de restringir e limitar a aplicabilidade da norma de direito fundamental.

¹⁹¹ Neste sentido estabelece que o suporte fático somente é preenchido se o Estado intervier na esfera de liberdade protegida de um indivíduo. *Ibidem*, p.73.

O tema foi desafiado por Alexy, que buscou uma solução baseada no entendimento de que, no caso de um conflito entre uma regra e um princípio, deve haver um sopesamento entre o princípio em que a regra se baseia com o outro princípio, devendo ser realizado o sopesamento entre estes dois.

Virgílio Afonso da Silva estabelece uma ideia de que o impacto entre regras e princípios não constitui uma relação de colisão, mas de restrição. A regra criada com o resultado desta restrição deve ser aplicada por subsunção.¹⁹²

Outro apontamento importante no confronto de um princípio por uma regra é a verificação feita por Humberto Ávila, que afirma que a instauração deste conflito deverá haver a prevalência da regra. Isso porque, numa colisão horizontal entre regras e princípios, as regras devem prevalecer, contrariando aquela ideia sedimentada de que os princípios são as normas mais importantes do ordenamento jurídico.¹⁹³

A ideia de Ávila é defendida por este trabalho. Havendo uma regra que aborde o caso em conflito elaborada pelo legislador, deve haver prevalência sobre o princípio. As determinações estabelecidas no nível da regra têm primazia em relação a determinadas alternativas baseadas em princípios.

Um exemplo desta limitação do princípio da não autoincriminação às pessoas jurídicas por meio de regras se encontra em inúmeras legislações infraconstitucionais que tutelam direitos difusos e coletivos, que trazem o dever de informação. Elas restringem e são capazes de limitar o direito da não autoincriminação às pessoas jurídicas na apuração de lesões que envolvam direitos difusos e coletivos.

O dever de informação vem consubstanciado pela obrigatoriedade da apresentação de dados técnicos indispensáveis à propositura da ação civil pública ao Órgão do Ministério Público. Assim, a Lei 7437/85 no artigo 10 diz: a recusa, o retardamento ou a omissão de dados técnicos indispensáveis à propositura da ação civil, quando requisitados pelo Ministério Público, acarretará uma pena de reclusão de um a três anos mais multa de R\$10 a R\$1.000, obrigações reajustáveis do Tesouro Nacional – OTRN.

A pessoa jurídica, sendo portadora de algum dado técnico considerado essencial para a propositura da ação civil pública, diante de uma análise desta regra

¹⁹² SILVA, V.A. op. cit., p.53.

¹⁹³ Ibidem, p.133.

jurídica estaria obrigada a entregar para o órgão do Ministério Público os documentos e dados técnicos para a propositura de uma possível medida judicial, que, em tese, possa levar-lhe a uma condenação.

Depara-se aqui com uma situação legal que restringe o direito da não autoincriminação, considerando-se que tais documentos são capazes de compor um conjunto probatório que pode levar à condenação do ente coletivo. Existe, no comando da regra, uma restringibilidade do conteúdo do direito fundamental da não autoincriminação.

A obrigatoriedade do dever de informação foi reproduzida em outras legislações. No art. 14 da Lei 8429/92, destacam-se as sanções que devem ser aplicadas aos agentes públicos, em casos de atos ilícitos praticados no exercício de suas funções. No art. 15, § único; Lei 8.089/90, foi inserido o dever de informação, Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, legislação que também viabilizou o uso da ação civil pública para proteger os interesses individuais, difusos e coletivos referentes à infância e à adolescência.

Posteriormente, surgiu o dever de informação na Lei nº 7.853/89, art. 201, inciso VI, e artigos 220 a 223, que dispõe a respeito da tutela jurisdicional dos interesses coletivos e difusos das pessoas portadoras de deficiência. E também a Lei nº 7.913/89, que versa a respeito da ação civil pública de responsabilidade por danos causados aos investidores no mercado de valores mobiliários. No art. 3º, §§1º a 4º e art. 8º, VI; lei 12.529/2011, legisla-se sobre a ordem econômica e economia popular, art. 11, X, art. 13 XVII, art. 20, c/c art. 1º; lei 10.741/2003, Estatuto do Idoso e art. 100; Lei 12.888/2010, Estatuto da Igualdade Racial, art. 55§ 2º.

Tais regras restringem a liberdade da pessoa jurídica, aumentam o poder de intervenção estatal e proíbem uma conduta que é permitida, *a prima facie*, pelo direito fundamental da não autoincriminação.

A imposição por meio destas regras intervém diretamente na pessoa jurídica, impondo que seja observado pelo ente coletivo o dever de informação, protegendo outros interesses considerados mais relevantes pelo legislador, reduzindo o âmbito de proteção do direito da não autoincriminação às pessoas jurídicas.

Na jurisprudência da nossa mais alta corte existem decisões que manifestam a posição da prevalência da regra quando for verificado um conflito com os princípios. Este entendimento foi demonstrado no HC Nº 79.512. RJ, de relatoria do

Ministro Sepúlveda Pertence, em que se discutiu se poderia prevalecer diante do interesse público repressivo a produção de uma prova ilícita.

Foram apreendidos documentos por agentes fiscais em escritórios e empresa, quando a administração tributária exerceu seu poder de fiscalizar. Porém, as apreensões foram realizadas sem a autorização do proprietário e não tinham autorização judicial.

Neste caso, ficou sedimentado que a persecução criminal deve ser mitigada diante da produção de uma prova ilícita por parte do Estado. Na colisão entre um princípio e uma regra, prevaleceu o entendimento de que não cabe ao Supremo Tribunal Federal fazer uma nova ponderação de valores, uma vez que o texto constitucional já o fez por intermédio de uma regra.¹⁹⁴

Recentemente, houve uma Ação Declaratória de Constitucionalidade promovida pelo Conselho da Ordem dos Advogados do Brasil, ADC41, que tinha o objetivo de declarar a constitucionalidade da Lei nº 12.990/2014, que determinou a reserva aos negros de 20% (vinte por cento) das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos. A discussão continha decisões divergentes entres os julgadores que apreciavam a matéria.¹⁹⁵

Em controle difuso de constitucionalidade inúmeras decisões foram constatadas pela ADC41; declaravam que a regra prevista na lei 12.990/2014 entrava em colisão como os princípios da igualdade, da vedação à discriminação, da eficiência, de concurso público e da proporcionalidade.

Após uma discussão calorosa sobre fundamentos teleológicos da lei Lei nº 12.990/2014, que possibilitou a reserva de vagas para negros em concursos públicos na proporção de 20%, foi declarada constitucional a reserva de vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública direta e indireta, optando-se a decisão pela aplicação da regra.

4.5 Restrição do direito da não autoincriminação por outros princípios

A possibilidade de irradiação dos princípios inseridos no texto constitucional para todos os ramos do direito é um dos pontos centrais desta pesquisa, que

¹⁹⁴ STF, Tribunal Pleno, **HC 79.512-9-RJ**, rel. Min. Sepúlveda Pertence, Dje.16.5.2003. p.92.

¹⁹⁵ STF. Tribunal Pleno. **ADC41**, rel. Min. Luiz Roberto Barroso, Dje. 08/06/2017. p. 39.

possibilita a aplicação do princípio da não autoincriminação às pessoas jurídicas. A partir disso, é possível verificar sua restrição, seja no nível da regra, como também por outros princípios jurídicos.

O texto constitucional brasileiro de 1988 traz uma carga valorativa que deve ser levada em conta em todos os sopesamentos realizados pelo intérprete, principalmente quando restringir e limitar princípios que norteiam o ordenamento jurídico brasileiro.

Neste trabalho, diante da verificação de que normas de direitos fundamentais têm capacidade de irradiar para todos os ramos do direito, tal possibilidade foi criada a partir do surgimento da teoria da ordem de valores. Fato que ganhou relevo na Alemanha no “Caso Luth”, em que se verificou que os valores inseridos na constituição alemã deveriam afetar não somente os direitos fundamentais na perspectiva subjetiva entre cidadão e Estado, mas para todo o ordenamento jurídico. As normas de direito fundamentais deveriam irradiar seus valores, extrapolando e transcendendo as posições subjetivas e individuais.¹⁹⁶

Foram dirigidas algumas críticas às teorias dos valores, o que não poderia ser diferente; uma vez que toda teoria comporta crítica, esta não poderia ficar isenta deste tipo de análise. No sentido de refutar sua eficácia, levantaram-se suas fragilidades no campo filosófico, dogmático e metodológico, que oferecem um importante contributo para a presente pesquisa.

A primeira delas seria o caráter intuicionista dos valores, que pode ser transmitido para a teoria dos princípios, uma vez que a diferença de princípios e valores se situa apenas no campo do ser e dever ser, deontológico e axiológico. Sustenta-se neste posicionamento crítico que os valores revelam uma incapacidade de ter critérios objetivos, e destaca-se que sua construção teórica sempre se baseia em posições subjetivas, preconizadas em preferências morais, retirando-lhe o caráter científico.

No campo metodológico também não traria um resultado útil a teoria dos princípios, pois está amparada no discurso de que, sempre que constatássemos um princípio, as premissas usadas para sua justificação estariam despidas de qualquer resultado racional. Sendo assim, o discurso de estar diante de um princípio “destruiria a transparência da decisão judicial.”¹⁹⁷ E mais, quando fosse realizado o

¹⁹⁶ ALEX Y. R. op. cit., p.97.

¹⁹⁷ Ibidem, p.161.

sopesamento na colisão de princípios, seria possível qualquer resultado, até mesmo conclusões irracionais calcadas em um caráter claro de decisão judicial.

Outra dificuldade seria a elaboração de uma ordem de valores hierarquizada capaz de ser aplicada em todos os casos necessários à solução de conflitos. E, por fim, o próprio sopesamento realizado na colisão dos princípios também não fica ileso, havendo contra ele duras críticas, diante de seu formato aberto e sem controle racional, visto que o sujeito que realiza o sopesamento é livre para decidir, criando-se um espaço enorme para o subjetivismo.¹⁹⁸

Apesar da crítica à teoria dos princípios, a colisão de princípios jurídicos está diretamente ligada à interpretação e à compreensão do conteúdo que devem ter as normas de direitos fundamentais e seus limites. A partir deste entendimento e mediante o sopesamento, atribuem-se diferentes pesos aos valores que serão aplicados no caso concreto, os quais serão determinantes para afastar ou não determinado princípio.¹⁹⁹

A doutrina tem buscado evitar os riscos do subjetivismo que pode ser constatado nas decisões que envolvam o sopesamento. Por isso, traz alguns vetores que vêm sendo desenvolvidos no sopesamento e que podem gerar um maior grau de segurança. Dentre eles: a recondução a uma norma constitucional que sirva de parâmetro legal dando legitimidade ao procedimento, um parâmetro que seja generalizado aos casos semelhantes e a preservação do núcleo essencial dos direitos em conflitos.²⁰⁰ Feitas estas considerações, prosseguimos.

Outros princípios podem exercer uma limitação no direito da não autoincriminação às pessoas jurídicas. Em um dado momento, pode haver uma colisão diante de um choque entre princípios. Fato que pode ser observado pelo legislador que realizará um sopesamento entre valores inseridos na sociedade na elaboração de uma lei, o qual tem o poder de restringir o exercício do direito, conforme constatado no tópico anterior. Ou diante de um conflito estabelecido em um caso concreto que deverá ser analisado e solucionado pelo judiciário.

¹⁹⁸ ALEXY. R. op. cit., p.162.

¹⁹⁹ Na teoria interna existe o direito com seus limites, não tendo colisões entre direitos, possuindo os direitos estruturas de regras, não tendo espaço para o sopesamento, aqui sustentam a existência de limites imanentes a este direito, se não existe proteção deste direito ele não existe, que encontra substratos nas Teoria Institucional dos direitos fundamentais, e na teoria dos limites imanentes. Ibidem, p.167.

²⁰⁰ BARROSO, L.R. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. Os conceitos Fundamentais e a construção do novo modelo. 5 ed. São Paulo: Saraiva. 2015. p.376.

Diante da ocorrência de conflitos - entre princípios -, será necessária a restrição de um deles para que o ordenamento permaneça sem fissura e para que se estabeleça sua plena efetividade. Para tanto, deve ser levado em consideração o peso que cada um exerça diante da circunstância apresentada pelo caso concreto, chamado por Alexy de “relação de precedência condicionada”.²⁰¹

O conflito entre princípios da não autoincriminação e demais princípios inseridos no ordenamento jurídico brasileiro podem ser resolvidos mediante soluções que deem preferência a um em detrimento de outro, levando-se em consideração os interesses relevantes para a comunidade em determinado momento.²⁰²

As limitações efetuadas por princípios jurídicos se perfazem mediante as regras do sopesamento, que pode ser realizado pelo legislador, desde que não extrapole seus limites declarados no texto constitucional, sendo estes uma moldura para sua ação; de outro lado, pode a restrição ser realizada pelo poder judiciário, que criará como resultado do sopesamento a “lei de colisão”.²⁰³

Neste trabalho, princípio é definido como mandamento de otimização - termo proposto por Alexy e que deve ser concretizado na medida do possível, sendo a otimização o resultado final das três sub-regras: da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito.

A restrição de um princípio por outro não se trata de um tema novo no Brasil, visto que geralmente é enfrentado no Superior Tribunal Federal – STF, que tem proferido decisões capazes de acomodar estes conflitos, optando por uma ponderação de valores.

O STF analisou o HC 82424 / RS, no “Caso de Siegfried Ellwanger”, que fora condenado pela conduta prevista no artigo 20 caput da Lei 7.716/89, em virtude de publicações de livros antisemitas que induziam e incitavam condutas racistas em seu conteúdo que, segundo a denúncia, denegria a comunidade judaica.

²⁰¹ A solução para essa colisão consiste no estabelecimento de uma relação de precedência condicionada entre princípios, com base nas circunstâncias do caso concreto. Levando em consideração o caso concreto, o estabelecimento de relações de precedências condicionadas consiste na fixação de condições sob as quais um princípio tem precedência em face do outro. Sob outras condições e possível que a questão de precedência seja resolvida de forma contrária. ALEXY, R. op. cit., p.96.

²⁰² Ibidem, p.97.

²⁰³ A condições sob as quais um princípio tem precedência em face do outro constituem o suporte fático de uma regra que expressa a consequência jurídica do princípio que tem precedência. Ibidem, p.99.

Em primeira instância, a ação penal foi julgada improcedente, diante da constatação do exercício da liberdade de expressão. A decisão foi modificada no TJRS, em que Siegfried Ellwanger foi condenado nos termos do artigo 20 da Lei 7.716/89. O caso chegou ao STF, e duas situações foram abordadas. Primeiro: o antissemitismo pode ser enquadrado no crime de racismo; segundo: a liberdade de expressão pode ser limitada no conteúdo do livro, e aqui a questão se torna pertinente a este tópico.

O debate travado no Supremo Tribunal Federal, HC 82424, consistia na constatação de que se era possível restringir a liberdade de expressão em favor da dignidade do povo judaico. Tratava-se de dois princípios jurídicos em conflito.

O Supremo Tribunal Federal manteve a condenação do editor Siegfried Ellwanger, imposta a ele pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul por crime de racismo. Decisão tomada pela maioria: Ministro Maurício Corrêa, Celso de Mello, Gilmar Mendes e Carlos Velloso, com o que se concluiu que deveria prevalecer o princípio da dignidade, vencidos os ministros Moreira Alves, Marco Aurélio e Carlos Ayres Britto.²⁰⁴

Buscando fugir do campo teórico trazido, cita-se outro julgamento realizado pelo STF, Rcl 2.040/DF. Trata-se do caso paradigmático de Gloria Trevi que, diante da extradição solicitada por seu Estado de origem, ficou presa na Polícia Federal em

²⁰⁴ É preciso, em rigor, verificar se, na espécie, a liberdade de expressão está configurada, se o ato atacado está protegido por essa cláusula constitucional, se de fato a dignidade de determinada pessoa ou grupo está correndo perigo, se essa ameaça é grave o suficiente a ponto de limitar a liberdade de expressão ou se, ao contrário, é um mero receio subjetivo ou uma vontade individual de que a opinião exarada não seja divulgada, se o meio empregado de divulgação de opinião representa uma afronta violenta contra essa dignidade, entre outras questões. Esse tipo de apreciação é crucial para resolver-se a questão do habeas. Há de se atentar para a realidade brasileira, evitando-se que prevaleça solução calcada apenas, como até aqui percebi, na crença de que os judeus são um povo sofredor e que amargaram os horrores do holocausto, colocando por terra elementos essenciais. A questão de fundo neste habeas corpus diz respeito à possibilidade de publicação de livro cujo conteúdo revele ideias preconceituosas e antissemitas. Em outras palavras, a pergunta a ser feita é a seguinte: o paciente, por meio do livro, instigou ou incitou a praticado racismo? Existem dados concretos que demonstrem, com segurança, esse alcance? A resposta, para mim, é negativa. [...] O livro do paciente deixa claro que o autor tem uma ideia preconceituosa acerca dos judeus. Acredito que, em tese, devemos combater qualquer tipo de ideia preconceituosa, mas não a partir da proibição na divulgação dessa ideia, não a partir da conclusão sobre a prática do crime de racismo, de um crime que a Carta da República levou às últimas consequências quando, declarando-o imprescritível, desprezou a consagrada e salutar segurança jurídica. O combate deve basear-se em critérios justos e limpos, no confronto de ideias. Parafraseando Voltaire, citado pelo ministro Carlos Britto, afirmo: não concordo com o que o paciente escreveu, mas defendo o direito que ele tem de divulgar o que pensa. Não é a condenação do paciente por esta Corte - considerado o crime de racismo - a forma ideal de combate aos disparates do seu pensamento, tendo em vista que o Estado se torna mais democrático quando não expõe esse tipo de trabalho a uma censura oficial, mas, ao contrário, deixa a cargo da sociedade fazer tal censura, formando as próprias conclusões. Só teremos uma sociedade aberta, tolerante e consciente se as escolhas puderem ser pautadas nas discussões geradas a partir das diferentes opiniões sobre os mesmos fatos. *Ibidem*, p.99-100.

Brasília aguardando sua extradição. Neste período, engravidou-se na prisão e acusou os policiais que estavam em serviço pelo delito de estupro.

Os policiais solicitaram, na véspera do parto, que fosse feito o exame de DNA na criança. O pedido foi recusado pela cantora, que invocou seu direito à intimidade. O STF autorizou a realização do exame de DNA. Os ministros sustentaram o deferimento do pedido asseverando que o interesse público se sobrepõe aos interesses individuais de Glória Trevi, prevalecendo o interesse público dos 60 agentes que estavam sob suspeita. Constatou-se, assim, que na solução dos conflitos entre princípios há inexistência de hierarquia entre eles, devendo ser colmatado determinado princípio diante das peculiaridades do caso concreto.

4.6 Lesões a direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos

Na atualidade, não há grandes dificuldades de reconhecimento da necessidade de tutelar penalmente os direitos coletivos e difusos, principalmente diante de uma nova realidade que impõe a necessidade de proteção aos direitos fundamentais de terceira geração.

Os direitos fundamentais de terceira geração, ao serem reconhecidos, devem ser resguardados e protegidos pela tutela penal, já que traduzem o anseio da sociedade e são bens considerados indispensáveis para a comunidade. Reconhecida a importância, torna-se fundamental a proteção, o que foi apontado por Mir Puig:

Las modificaciones que, entretanto, ha ido experimentado el capitalismo y el modelo de Estado em nuestro ámbito cultural va determinando o exigiendo ciertos cambios em los bienes jurídicos del Derecho penal. Em la actualidad va abriéndose paso la opinión de que el Derecho penal debe ir extendiendo su protección a intereses menos individuales pero de gran importancia para amplios sectores de la población, como el medio ambiente, la economía nacional, las condiciones de alimentación, el derecho al trabajo en determinadas condiciones de seguridad social y material-lo que se llaman los intereses difusos.²⁰⁵

²⁰⁵ MIR PUIG, S. *Derecho Pena*: parte general. 5 ed. Barcelona: Reppertor, 1988, p.135.

A proteção da tutela penal passa primeiramente pela necessidade de resguardar os interesses considerados relevantes pela sociedade, que se constitui de vital importância para a vida social.

Mas tais interesses são estabelecidos de acordo como os valores de cada comunidade. Via de regra, encontram-se no ordenamento jurídico. Os direitos difusos e coletivos que estão protegidos pelo ordenamento jurídico são considerados essenciais. E mais, são direitos fundamentais de terceira geração, como os da fraternidade, direito à paz, ao meio ambiente, à autodeterminação dos povos, à comunicação do consumidor, das pessoas portadoras com deficiência, da ordem urbanística, pessoas idosas, das minorias, dos grupos étnicos, dos contribuintes, etc.

A coletividade é titular destes bens jurídicos, chamados interesses metaindividuais,²⁰⁶ que despertam a proteção dos interesses considerados essenciais para a vida social.²⁰⁷

Maria Isabel Sanches Garcia de Paz subdivide estes bens supraindividuais em coletivos e difusos. Subdivide-os ainda em bens coletivos ou gerais, que pertencem a toda a coletividade, públicos e institucionais, diferenciando-os ainda dos difusos concernentes a um grupo, como os delitos contra a saúde pública, o meio ambiente, segurança do tráfego e dos consumidores, etc.²⁰⁸

Dentro de los bienes jurídicos supraindividuales se incluirían tanto los denominados bienes jurídicos colectivos como aquellos bienes jurídicos de carácter público, generales, institucionales o también denominados universales. Ambos tienen en común su carácter supraindividual, esto es, su titular no lo es el individuo, no obstante, deben distinguirse. Los bienes jurídicos generales, públicos o universales son aquellos referibles a la sociedad en su conjunto, luego identificables con el llamado interés público, tutelado por los órganos del Estado. Bienes jurídicos públicos tradicionales lo son la Administración de justicia, la seguridad interior y exterior del Estado, la fe pública etc. dudo más allá de él. Titular último de los bienes jurídicos públicos o generales lo es la sociedad o el Estado. Los intereses colectivos pertenecen en cambio a una pluralidad de sujetos más o menos determinada o determinable. De este modo, los intereses generales son por naturaleza indivisibles, frente a los colectivos que pueden fragmentarse en

²⁰⁶ FIGUEIREDO DIAS, J. **Questões fundamentais do direito penal revisitadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 74.

²⁰⁷ BECCARIA, C. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Hemus, 2005, p.15.

²⁰⁸ Supra individuais, que se subdividem (a), em bens coletivos ou gerais que pertence a toda coletividade (segurança pública etc.), ou (b) públicos ou institucionais (os que pertencem ao Estado ou órgãos ou entidades públicas: patrimônio do Estado, segurança do Estado etc.) ou (c) difusos (bens de um grupo amplo e determinado ou determinável de pessoas: delitos contra a saúde pública, o meio ambiente, segurança do tráfego, dos consumidores etc)

una pluralidad de situaciones subjetivas. Esta naturaleza tiene, por ejemplo, la salud pública, o los intereses económicos de los consumidores²⁰⁹

Havendo uma lesão ou perigo de lesão nos bens jurídicos difusos e coletivos, o direito penal torna-se um dos responsáveis por tutelá-los, já que são reconhecidos como de grande relevância para a sociedade.

A tutela penal dos direitos difusos e coletivos visa a proteger, resguardar e inibir lesões aos interesses supraindividuais estabelecidos pela sociedade, uma vez que foram considerados essenciais, eleitos como imprescindíveis para a vida social, não obstante as inúmeras medidas nas áreas cíveis ou em outros campos do direito que podem obter resultados muito satisfatórios na repressão e prevenção de lesões aos bens jurídicos coletivos e difusos.

Lesões a direitos coletivos levam à constatação da existência de discussão calorosa, *a priori* sobre o que seria o bem jurídico penal.²¹⁰ Há uma posição constitucional e positivista, que defende que o bem jurídico penal se constitui de valores, aspirações e interesses sociais estabelecidos na carta política. Já outros posicionamentos residem na fundamentação de que o direito não se esgota na norma, sendo ela apenas um dos elementos da formação do Direito. Defende ainda que o conceito de bem jurídico é anterior à confecção da norma.²¹¹ Mas neste ponto a pesquisa realizada nesta tese se depara com a necessidade de definir, oportunamente, o que seriam interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, para em seguida transportar a definição para a esfera penal.

Interesses difusos, além da transindividualidade e indivisibilidade, têm como seus titulares pessoas indeterminadas e ligadas por uma situação factual, não podendo ser quantificados ou divididos. Como exemplo, há o direito ao meio ambiente saudável. Rodolfo de Camargo Mancuso traz uma definição muito pertinente para o presente trabalho:

²⁰⁹ PAZ, M.I.S.G. **El Moderno Derecho penal y la anticipación de la tutela penal**. Universidade de Valladolid, 1999, p. 67.

²¹⁰ O bem jurídico, por conseguinte, é o reconhecimento pelo Direito desse interesse do ser humano por um bem existencial. E direito que transforma o bem existencial e o interesse do ser humano em relação a ele. BIANCHINE, A.; MOLINA, A.G.P.; GOMES, L.F.G. **Direito penal. Introdução e Princípios fundamentais**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais 2009. p.233.

²¹¹ SMANIO, G.P. **Tutela Penal dos Interesses Difusos**. São Paulo: Atlas, 2000, p.95.

São interesses metaindividuais que, não tendo atingido o grau de agregação e organização necessário à sua afetação institucional junto a certas entidades ou órgãos representativos dos interesses já socialmente definidos, restam em estado fluido, dispersos pela sociedade civil como um todo (v.g., o interesse a pureza do atmosférico), podendo, por vezes, concernir a certas coletividades de conteúdo numérico indefinido (v.g., consumidores). Caracteriza-se pela indeterminação dos sujeitos pela invisibilidade do objeto, por sua intensa litigiosidade interna e por sua transitoriedade ou transformação em virtude de alteração na situação fática que os ensejou.²¹²

Mauro Cappelletti e Brayant Gart definem que interesses difusos são interesses fragmentados ou coletivos, tais como o direito ao meio ambiente saudável ou à proteção do consumidor.²¹³ Já Ada Pellegrini Grinover conceitua da seguinte forma:

O outro grupo de interesses metaindividuais, o dos interesses difusos propriamente ditos, compreende interesses que não encontram apoio em uma relação-base bem definida, reduzindo-se o vínculo entre as pessoas a fatores conjunturais ou extremamente genéricos, a dados de fato frequentemente acidentais e mutáveis: habitar a mesma região, consumir o mesmo produto, viver sob determinadas condições sócio econômicas, sujeitar-se a determinados empreendimentos.²¹⁴

Os interesses coletivos, por sua vez, têm como característica a aglutinação de um grupo ou categoria diante de um vínculo jurídico que lhes identifica, podendo ser sindicatos, associações, partidos políticos, os quais detêm transindividualidade e indivisibilidade.

Os individuais homogêneos têm uma origem comum, são divisíveis e permitem a identificação dos interessados. Esta definição foi exemplificada por Hugo Nigro Mazzilli da seguinte forma:

[...] a) se o que une interessados determináveis é a mesma situação de fato (p. ex., os consumidores que adquiriram produtos fabricados em série com defeito), temos interesses individuais homogêneos.²¹⁵

²¹² MANCUSO, R.C. **Interesses Difusos**: conceito e legitimação para agir. 6 ed. São Paulo: RT, 2004, p.94.

²¹³ CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. **Acesso à Justiça**: Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.p 168.

²¹⁴ GRINOVER, A.P. A problemática dos Interesses difusos. In GRINOVER, A.P. (Coord.) **A Tutela dos interesses difusos**. São Paulo; Atlas, p.30-31.

²¹⁵ MAZZILLI, H.N. **A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor e outros interesses difusos e coletivos**. 12ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2000, p.41.

Conforme ressaltado pela doutrina e com as devidas reservas necessárias, isto significa uma incorporação das *class actions for damages*, originárias do sistema norte americano, que visa a efetivar uma eficácia à tutela coletiva diante dos novos desafios da sociedade de massa.

Por outro lado, usa-se tanto o termo direito como interesse. O conceito legal esboçado no direito vigente, Lei 8.078/90 (Código do Consumidor), traz os respectivos termos: “interesse e direitos”. A eles são aplicados um tratamento igualitário, mas há a controvérsia contida e estimulada na análise das diferenças e das similitudes entre os termos “interesse e direito”.

A dicotomia estabelecida entre as palavras “interesse e direitos” encontra-se em um “beco sem saída”, visando-se a sua resolução de forma segura; requer uma análise minuciosa sobre as diferenças como também sobre as possíveis semelhanças.

A distinção entre “direitos e interesses” é desprezada por inúmeros juristas por entenderem não haver relevância prática para tal discernimento, uma vez que estes foram garantidos constitucionalmente (título, II, Capítulo, I da CF/88).²¹⁶

A palavra “interesse” tem vários significados e, na acepção jurídica, pode ser designada como: intimidade nas relações entre pessoas e coisas, poderes, direitos, vantagens, proveito, faculdades ou prerrogativas.²¹⁷ Vigliar, ao abordar os ensinamentos de José Cretella Junior, afirma que interesse “é a vontade do homem dirigida a atingir uma finalidade. Se o interesse é protegido pela norma jurídica, estamos diante de um direito”.²¹⁸ “O significado de interesse corresponde a uma pretensão, “a exigência da subordinação de interesse de outrem ao próprio”.²¹⁹

Claramente, há posicionamentos que discordam a respeito da definição do termo “interesses”²²⁰, mas grande parte da doutrina tem defendido tal expressão.²²¹

Paralelamente, existe um posicionamento sólido que afirma não haver relevância prática para a distinção, visto que não há grande operacionalidade.²²²

²¹⁶ DIDIER JR, F.; ZANETEI, H. **Curso de Direito Processual Civil**. São Paulo: Podivm, 2009, p.87.

²¹⁷ SILVA, P. **Vocabulário jurídico**. São Paulo: Ática, p.496-498.

²¹⁸ VIGLIAR, J.M.M. **Tutela Jurisdicional coletiva**. 3 ed. São Paulo: Atlas. 2013, p.89.

²¹⁹ SANTOS, M.A.S. **Primeiras Linhas de Direito Processual Civil**. São Paulo: Saraiva, 1994, p.214.

²²⁰ CRETELLA JUNIOR, J. **Do mandado de segurança coletivo**. 2 eds. Rio de Janeiro: Forense, 1991, p.78.

²²¹ VIGLIAR, J.M.M. op. cit. p.113.

²²² Aluísio Gonçalves de Castro Mendes, ressalta a inexistência da diferença entre a expressão “interesse ou direitos”, e disserta no sentido de não possuir razão prática tal distinção, principalmente pela concepção mais larga do direito subjetivo. CASTRO MENDES, A.G. **Ações Coletivas e meios**

Fredie Didier Jr verificou que a expressão “interesses” foi retirada do termo “*interessi legitimi*”, ganhando destaque na doutrina brasileira. No entanto, não se pode dar o mesmo significado daquele estabelecido na doutrina italiana, uma vez que a divisão dos direitos subjetivos no Brasil se dá em privados e públicos, diferentemente do que ocorre na Itália, que distingue dois conceitos para o termo “interesses”, diante da dualidade de jurisdição.²²³

A presente pesquisa atém-se ao entendimento de que, na realidade, interesses e direitos assumiram o mesmo status - de direitos -, não existindo uma repercussão de natureza prática ou teórica capaz de os distinguir.

4.7 A Relevância e a proteção dos bens jurídicos transindividuais

A sedimentação dos direitos de terceira geração, no texto constitucional como direitos fundamentais, esboça o interesse²²⁴ declarado no pacto social da real e efetiva proteção destes valores, que são imprescindíveis para o desenvolvimento da sociedade.

O bem jurídico tutelado pela norma penal expressa um valor vinculado na Carta Política como direito fundamental, demonstrando a importância destes interesses, os quais merecem a devida proteção da tutela penal, que os deve resguardar e proteger.

A proteção destes direitos trata-se de uma conquista formulada a partir da luz da razão, constatada pelo homem diante da necessidade da proteção da existência humana na Terra. Mas a fundamentação teórica alicerçada na contemporaneidade, que permite afirmarmos que os direitos transindividuais devem ser protegidos pela norma penal, foi desenvolvida em uma longa construção teórica, inicialmente estabelecida no direito penal, que dá legitimidade ao poder de proteção do Estado às violações aos bens jurídicos considerados relevantes para sociedade.

de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p.217.

²²³ Kazuo Watanabe, ressalta que os termos “direitos e interesses”, possuem os mesmos significados e conseqüentemente, gozam de status semelhantes GRINOVER, A.p.; WATANABE, K.; NERY JUNIOR, N. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**. Comentado Pelos Autores do Anteprojeto. Vol. II. Processo Coletivo (arts. 81 a 104 e 109 a 119). 10 eds., revista, atualizada e reformulada. Rio de Janeiro: Forense, 2011, coment. 3 ao art. 81 do CDC, p.70.

²²⁴ MIR PUIG, S. **Derecho penal. Parte general**. São Paulo: Atlas, 2002, p.136.

Este marco ganhou um papel determinante no período da Razão, o Iluminismo, que rompeu com os dogmas medievais. Período em que se reconheceu o raciocínio humano como protagonista, capaz de definir as balizas para o conhecimento. Constatação asseverada por Luiz Flávio Gomes:

Todo esse ideário iluminista que gerou a erosão do Antigo Regime, logo começou a aparecer nas declarações e constituições de todos os países, formando ainda hoje o arcabouço essencial dos modernos ordenamentos jurídicos. Os eixos desse ideário, dentre outros, são: (a) o humanismo (recorde-se que a ideia de humanistas foi desconhecida dos gregos, mas reivindicada pelo pensamento romano) (b) o individualismo (que provém de toda tradição liberal inglesa), (c) o legalismo (constituído como garantia do cidadão frente ao poder punitivo do Estado.²²⁵

Nesta trilha, surge a teoria contratualista, que já foi objeto de exploração nesta pesquisa nos tópicos anteriores, a qual elabora, formula e tenta legitimar o direito *ius punied* para aqueles que violem as regras entabuladas no pacto social. A pena surge como a necessidade de punir violações individuais, àqueles que transgridam as regras pactuadas no contrato social

A priori, define-se uma visualização conceitual de crime em seus aspectos materiais quanto à punição aos infratores das regras, entabulada no pacto social. Neste momento, constata-se a separação entre crime e pecado. Para Beccaria, o fundamento de punir consistia nesta nova perspectiva, ou seja, no princípio da vontade de todos, “reunião de todas as pequenas parcelas de liberdade.”²²⁶

Neste período, o crime foi entendido como uma violação de um direito subjetivo, constatação asseverada por Prado. Entre os séculos XVIII e XIX, e sob a influência da filosofia iluminista, surgiu a formulação do delito como violação a um direito subjetivo.²²⁷

A essência do delito é a violação de um direito de proteção penalmente pela lei. A partir deste momento, iniciou-se a construção, de forma racional, dos postulados capazes de desenvolver algumas teorias que pudessem explicar os fundamentos do direito do Estado de punir.

²²⁵ GOMES, L.F. op. cit., p.55.

²²⁶ BECCARA, C. op. cit., p.15.

²²⁷ REGIS PRADO, L. **Bem Jurídico-Penal e Constituição**. 2 eds.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p.34

Paul Johann Anselm Ritter e Von Feuerbach contribuem na construção desta legitimação do direito de punir por parte do Estado e elaboram os limites do *ius puniendi*, ao defender que o delito seria uma violação a um direito subjetivo, violação do direito de outrem, proibido pela lei penal. O estado, como defensor, deve proteger a sociedade, deve estabelecer uma nítida separação entre moral e direito.

Neste mesmo período, Johann Michael Franz Birnbaum, 1834, publicou o artigo *Über das Erfordernis einer Rechtsverletzung zum Begriff des Verbrechens*²²⁸, estabelece também a proteção do direito penal de bens e não somente de direitos subjetivos. Para ele, o crime deveria ser lesão ou perigo de lesão de um bem que nos pertence “*Gut, welches uns rechtlich zusteht*”²²⁹, protegido pelo Estado.²³⁰ Andrade verifica que não consta em sua obra a expressão “bem jurídico”.

Outro expoente foi Karl Binding, que estabelece a relevância como critério para que seja destinada a proteção mediante a elaboração da lei aos bens jurídicos. O legislador é quem cria o bem jurídico e adquire aqui um conceito formal. Franz Von Liszt foi além deste conceito puramente formal e buscou no âmbito social o “interesse juridicamente protegido”. Nas relações sociais surgem os valores. A coletividade estabelece quais bens jurídicos serão protegidos. Andrade vê aqui um novo encontro com o formalismo de Binding, diante do protagonismo que tem o legislador de estabelecer quais bens seriam protegidos pela norma.

Com a chegada do século XX, na filosofia Neokantiana, a questão ético-social fixa a importância do sentido teleológico para cada tipo penal - a *ratio legis*. Tal concepção apenas se limitava à interpretação da norma para conhecer o bem jurídico, “fruto especificamente da reflexão jurídica” legal-formal, abandonando-se os aspectos materiais.²³¹ Regis Prado constata ainda, neste mesmo período, os surgimentos da Escola de Kiel, Direito Penal do nacionalismo e socialismo que, diante do Estado Totalitário, não fazia sentido admitir o bem jurídico de origem no liberalismo e individualismo.²³²

²²⁸ Citado por RUDOLPHI, Hans-Joachim. Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico. Trad. Enrique Bacigalupo. Nuevo pensamiento penal. Revista de Derecho y Ciencias Penales. Buenos Aires: Depalma, ano 4, 1975, p. 329, conforme artigo de Ana Elisa Libertadora S. O rendimento da teoria do bem jurídico no direito penal atual. **Revista Liberdades**, São Paulo, n1,16-29, maio/ago. 2009.

²²⁹ REGIS PRADO, L. op. cit., p.70

²³⁰ D'AVILA, F.R. op. cit., p. 70.

²³¹ REGIS PRADO, L. **op. cit.**, p.35.

²³² Ibidem, p.37.

Uma contribuição importante foi a de Hans Welzel, que formulou a doutrina finalista em que se destaca o direito penal como protetor dos valores essenciais da comunidade, uma visão ética e social de caráter positivo, impulsionada diante dos resultados avassaladores das atrocidades da segunda guerra mundial.

Neste período houve um marco muito significativo que deu início novamente a um debate caloroso junto aos doutrinadores no sentido de demarcar os limites do *ius puniendi*. O direito penal não poderia ser usado pelo sistema político, o direito penal é quem deve definir os bens jurídicos.

Amelung, buscando amparo na filosofia de cunho sociológico disseminada por Luhmann, Parsons e Talcott, formula seu modelo teórico estabelecendo a sociedade como sistema de interações e o Direito como subsistema que tem a função de garantir o sistema como um todo. O bem jurídico assegura sua funcionalidade e sua própria existência. Os bens jurídicos nascem e estão na vida social.²³³

Hassemer, também defensor de teorias de cunho sociológico, constata que é a sociedade, diante de uma valoração, que define quais comportamentos devem ser tutelados pelo direito penal. O contexto social é imprescindível para delimitação do bem jurídico penal.²³⁴ Tal conceito foi corroborado posteriormente por Mir Puig, que desenvolveu a teoria funcional do bem jurídico, agora em seus aspectos políticos e criminais, retratados por Gianpaolo Poggio Smanio como bem jurídico-penal. Em sentido político-criminal (*de lege ferenda*), significa o início que merece ser protegido pelo Direito Penal excluindo, sobretudo, os valores somente morais. Enquanto que no sentido dogmático (*de lege data*) significa o objeto efetivamente protegido pela norma penal vulnerada, ou seja, o objeto da tutela jurídica, como, por exemplo, a vida, a propriedade e a liberdade.²³⁵

Desta acepção surge a perspectiva Constitucional, verificando-se uma nova tendência que busca na Carta Política o parâmetro decisivo para eleição de quais bens e interesses devem ser protegidos pela tutela penal.

Nesse compasso, há o entendimento de que na interpretação do texto constitucional devem ser estabelecidos quais valores serão considerados como a fonte para o exercício e o limite do *ius punied*. A constituição tem o papel de nortear

²³³ TAVARES, J. **Teoria do injusto penal**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 59.

²³⁴ HASSEMER, W. **Fundamentos del derecho penal**. Barcelona: Bosch, 1984, p. 56.

²³⁵ SMANIO, G.P. **Tutela Penal dos Interesses difusos**. São Paulo: Atlas, 2002, p.134-135.

o legislador infraconstitucional, estabelecendo-lhe as balizas para a proteção dos valores fundamentais, lesões ou ameaça de lesão ao ar, à fauna, à flora, às águas, ao solo, ao subsolo, em ambientes considerados de ordem natural, cultural e artificial que conduzam uma qualidade de vida. E também atenção aos grupos de consumidores que detêm direitos à segurança no que tange ao produto e serviço; o direito à informação adequada, à reparação pelos danos, à educação, ao consumo adequado. Refere-se também ao conjunto de bens que exprimem valores estéticos, históricos, turísticos, paisagísticos e arqueológicos, bem como o zelo às crianças, adolescentes e idosos, portadoras de deficiência. O respeito à liberdade da comunicação, à moralidade administrativa, etc., deve ser protegido pelo ordenamento jurídico, principalmente diante da gravidade que tais lesões podem causar à sociedade.²³⁶

Os bens jurídicos fundamentais de terceira geração, que são tutelados, ganham um destaque na proteção. A eles deve ser destinada uma proteção capaz de evitar e punir as lesões, uma vez que tais violações atingem toda a coletividade. Por esta razão, são considerados direitos fundamentais pela Constituição Brasileira a legítima depositária dos valores considerados essenciais pela comunidade.

Neste sentido, Jescheck propõe uma classificação de bens jurídicos que pertencem à coletividade: “bens jurídicos da coletividade” (bens jurídicos universais).

Hay bienes jurídicos de la persona individual (bienes jurídicos individuales) (v.g. la vida, la libertad y la propiedad), entre los que forman un subgrupo los bienes jurídicos personalísimos (v.g. la integridad corporal y el honor), y bienes jurídicos de la colectividad (bienes jurídicos universales) (v.g. la protección de los secretos de Estado, la seguridad del tráfico viario y la autenticidad del dinero).²³⁷

Jorge de Figueiredo Dias disserta sobre a necessidade de o direito penal proteger os bens metaindividuais:

Uma convicção que só se reforçará recusando – como se deve recusar – uma ilegítima restrição da noção de bens jurídico-penais a interesses puramente individuais e ao seu encabeçamento em pessoas singulares, e aceitando antes a plena legitimidade da existência de bens jurídicos transpessoais, coletivos, comunitários ou sociais. É, em meu juízo, no aprofundamento e esclarecimento do estatuto desta classe de bens jurídicos – cujo reconhecimento, de resto, não afetará a natureza em última

²³⁶ MIR PUIG, S. op. cit. 2002, p.36.

²³⁷ JESCHECK, H. **Tratado de derecho penal**: parte general. 4 ed. Granada: Comares, 1993, p.234.

instância “antropocêntrica” da tutela penal – que reside, no futuro próximo, a tarefa primária da doutrina que continue a fazer radicar a função exclusiva do Direito Penal na tutela subsidiária de bens jurídicos²³⁸

Mir Puig demonstra, diante de sua construção teórica, a existência dos interesses difusos e a necessidade de proteção.

Las modificaciones que, entretanto, ha ido experimentando el capitalismo e el modelo de Estado en nuestro ámbito cultural van determinando o exigiendo ciertos cambios en los bienes jurídicos del Derecho Penal. En la actualidad va abriéndose paso la opinión de que el Derecho Penal debe ir extendiendo su protección a intereses menos individuales pero de gran importancia para amplios sectores de la población, como el medio ambiente, la economía nacional, las condiciones de la alimentación, el derecho al trabajo en determinadas condiciones de seguridad social y material – lo que se llaman los intereses difusos (grifo nosso).²³⁹

Salomão Shecaira traz a importância da proteção destes bens considerados difusos e coletivos.

Não é por outra razão que o Direito deve dar uma resposta a essas situações, permitindo modificações em alguns de seus dogmas tradicionais. É o Direito (e também o Direito Penal) fruto dessa situação. O interesse de proteção de direitos difusos e coletivos, e principalmente as alterações surgidas no âmbito dos crimes ambientais que conformam essa nova realidade do Direito Penal, que excepciona determinadas regras, garantem uma certa efetividade do próprio sistema punitivo.²⁴⁰

Gianpaolo Poggio Smanio estabelece uma definição de bens jurídicos penais baseada na relação entre a conduta praticada, levando em consideração o resultado lesivo ao bem jurídico. Assim, define bens jurídicos penais de natureza difusa e coletiva.

Os bens jurídicos – penais de natureza coletiva, que se referem à coletividade, de forma que os indivíduos não têm disponibilidade sem afetar os demais titulares do bem jurídico. São, dessa forma, indivisíveis em relação aos titulares. No Direito Penal, os bens de natureza coletiva estão compreendidos dentro do interesse público. Podemos exemplificar com a tutela da incolumidade pública, da paz pública etc. Os bens jurídicos – penais de natureza difusa, que também se referem à sociedade em sua totalidade, de forma que o indivíduo não tem disponibilidade sem afeta a coletividade. São igualmente, indivisíveis em relação aos titulares. Ocorre que os bens de natureza difusa trazem uma conflituosidade social, que contrapõem diversos grupos dentro da sociedade, como na proteção do meio ambiente, que

²³⁸ ZAFFARONI, E.R. *Tratado de Derecho Penal*: Parte General. Buenos Aires: Ediar, 1981. vol. 3, p.242.

²³⁹ MIR PUIG, S. op. cit., 2002, p.135.

²⁴⁰ DIAS, F. *Direito Penal* - Parte Geral - Tomo I - Questões Fundamentais; A Doutrina Geral do Crime. Portugal: Coimbra, 2012, p.156.

contrapõe, por exemplo, os interesses e econômicos industriais e o interesse na preservação ambiental, ou na proteção da relações de consumo, em que estão contrapostos os fornecedores e os consumidores, a proteção da saúde pública, enquanto referente à produção alimentícia e de remédios, a proteção da economia popular, da infância e juventude, dos idosos, etc.²⁴¹

Neste atual estágio, ainda não houve um conceito definitivo capaz de definir com exatidão o bem jurídico supraindividual. No entanto, é imprescindível a proteção destes bens considerados essenciais para a sociedade.

²⁴¹ SMANIO, G.P. **Tutela Penal dos interesses difusos**. São Paulo: Atlas, 2000, p.108.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo se propôs a demonstrar que as pessoas jurídicas fazem jus ao direito da não autoincriminação, uma vez que esta garantia fundamental é compatível com a natureza jurídica do ente coletivo.

Não houve a pretensão de fornecer uma resposta definitiva nesta investigação, mas procurou-se abrir os horizontes capazes de proporcionar a aplicação do princípio da não autoincriminação às pessoas jurídicas.

Percorreu-se a elaboração histórica da construção e sedimentação da institucionalização das normas de direitos fundamentais, estabelecida inicialmente na relação entre Estado e indivíduo, que buscaram pactuar os limites da penetração do poder do Estado na esfera individual. Os direitos fundamentais são considerados essenciais para a convivência do homem no planeta Terra.

A distinção de normas e princípios torna-se importante na medida em que a dissertação percorre a efetividade do princípio da não autoincriminação e sua aplicabilidade às pessoas jurídicas; por outro lado, verificar a dissociação entre as espécies normativas possibilitou a objetivação das normas de direitos fundamentais a todos os ramos do ordenamento jurídico.

A construção e a elaboração histórica das normas de direito fundamentais na perspectiva Estado e cidadão, elaboradas levando em consideração a dignidade da pessoa humana, passam por uma constatação na análise subjetiva, que após a positivação destes valores no texto constitucional começam a fazer parte da vida da comunidade.

A constatação objetiva dos direitos fundamentais estabelece uma aplicabilidade dos valores que já estão inseridos no texto constitucional, porém os irradia para todo o ordenamento jurídico, o que traz uma coerência para as decisões ao estabelecer a aplicação dos princípios jurídicos a todos os ramos do direito, tendo-se em vista que os direitos fundamentais são o muro protetor capaz de estabelecer o limite de penetração do Estado na esfera privada.

Com a função de limitar a atuação e o arbítrio estatal, a aplicação das normas de direitos fundamentais, que são compatíveis às pessoas jurídicas, atuam como uma reserva para salvaguardar as garantias fundamentais inseridas na Constituição Federal.

A aplicação das normas de direitos fundamentais é um tema que tem ressoado nos Tribunais brasileiros e tem recebido um tratamento igualitário quando é verificada a possibilidade desta aplicação.

Nesta linha, o princípio da não autoincriminação foi sedimentado e construído a partir de uma luta travada inicialmente para excluir a tortura e a perseguição da verdade no modelo estabelecido no procedimento inquisitivo, uma vez que o inquisidor fazia valer sua força física e psicológica para extorquir confissões, fazendo do réu mero objeto de prova.

A construção do princípio da não autoincriminação se materializou historicamente diante do instituto da auto conservação e da necessidade de excetuar a tortura do processo penal. Além disso, vedou-se a imposição que obrigava os acusados a contribuir na produção probatória que levasse à incriminação.

O princípio da não autoincriminação é uma construção que permeia inúmeros ordenamentos jurídicos, sendo reconhecido no direito Internacional, o qual detém normas definidas que asseguram, dentro do devido processo legal, o impedimento de os Estados obrigarem os acusados a produzir provas contra si mesmos.

A sedimentação do princípio da não autoincriminação encontrou guarida no sistema da *Common Law*, passando o acusado a ser representado por seu advogado e a apresentar sua versão sobre os fatos, com exclusão da tortura e direito ao silêncio, sendo o acusado sujeito de direito, com sua dignidade e integridade física respeitadas.

Nesta perspectiva, a V Emenda Americana insere a garantia, o *privilege against self-incrimination*, uma construção histórica de grande repercussão que estabelece a liberdade ao acusado de apresentar sua defesa, de reportar ao Juiz sua versão, um marco para a aplicabilidade do princípio da não autoincriminação.

No Brasil, apesar de constar expressamente o direito ao silêncio no texto constitucional art. 5º LVII, a respectiva conquista fundamental percorreu um longo caminho. Nos primeiros ordenamentos jurídicos do País - principalmente pela

influência das ordenações jurídicas que foram inseridas em virtude da colonização - não se estabelecia a garantia fundamental da não autoincriminação.

A permissão da tortura do confisco, açoites, mutilações, queimaduras, devidamente previstos nos ordenamentos jurídicos brasileiros, foram sendo abolidos gradativamente no ordenamento jurídico patrio.

Com a Proclamação da República 1889, e, regulamentação do tribunal do Júri, que previa o direito do réu de permanecer em silêncio um direito inerente aos requisitos preconizado na plenitude da defesa, possibilitou o exercício do princípio da não autoincriminação.

O direito da não autoincriminação se encontra inserido em grande parte dos ordenamentos jurídicos estrangeiros, que asseguram aos réus tratamento que possibilita seu direito de não produzir provas contra si, delineado em tratados internacionais, com que se desestimula a prática de condutas que favoreçam a tortura e tratamentos desumanos e degradantes.

A organização do homem de forma coletiva para realizar atividades, com obtenção de resultados melhores que aqueles em que estivesse agindo sozinho, é antiga e passa pela constatação da organização das famílias, das tribos, aldeias, grupos.

Apesar de não encontrar atualmente um consenso quanto à possibilidade da responsabilização penal das pessoas jurídicas, sempre esteve presente a imputação penal para grupos, tribos, aldeias, cidades, quando algum de seus membros cometesse um delito; puniam-se indistintamente todos, sem individualização daquele membro que tivesse cometido o dano ou ilícito.

A ausência de uma lacuna doutrinária da possibilidade da responsabilização penal das pessoas jurídicas foi revitalizada depois da queda da Bolsa de Valores em 1929, que constatou o abuso do poder econômico de algumas empresas, despertando novamente o interesse do Estado em coibir condutas ilícitas por parte das pessoas jurídicas.

A aplicabilidade das normas de direitos fundamentais às pessoas jurídicas passa pela verificação de um processo de objetivação das normas de direitos fundamentais, que estabelece uma dimensão objetiva da irradiação destes valores a toda a sociedade.

A irradiação das normas de direitos fundamentais aos demais ramos do ordenamento jurídico proporciona aplicabilidade do princípio da não autoincriminação às pessoas jurídicas.

Os valores inseridos na norma constitucional do princípio da não autoincriminação proporcionam as diretrizes e vinculam a aplicação do princípio às pessoas jurídicas, na medida em que deve ser proporcionada a aplicação desta norma de direitos fundamentais, que garante que estas pessoas não sejam obrigadas a produzir provas contra si mesmas.

A natureza jurídica da pessoa jurídica é um tema que se encontra em debate jurídico intenso e que tem passado por construções teóricas no sentido de explicar sua natureza. A natureza jurídica, depois de dissecada e demonstrada, é capaz de expor a razão de ser e, a partir daí, verificar a regra jurídica a ser aplicada.

O ordenamento jurídico pátrio determina como se dá o início da vida da pessoa jurídica e estabelece as formalidades para que ela cumpra as atividades para quais foi criada, mas sua criação depende sempre de um ato volitivo capaz de inserir no ordenamento jurídico.

Verifica-se a dificuldade da responsabilização penal das pessoas jurídicas, ao esbarrar na doutrina tradicional da teoria do delito, que fundamenta sua análise no campo ontológico.

A pessoa jurídica - não realizando conduta, com ausência do elemento vontade e sem os requisitos da culpabilidade como dolo, culpa e inexigibilidade de conduta diversa, e não sendo possível aplicar as penas tradicionais - não pode ser responsabilizada penalmente diante da teoria tradicional do delito.

Não obstante a controvérsia, a legislação brasileira sedimenta a responsabilidade criminal da pessoa jurídica no texto Constitucional, art. 173 § 5º e 225 § 3º, posteriormente regulamentado na legislação infraconstitucional, havendo contornos para uma nova imputação penal que estipula novas modalidades de penas.

A responsabilidade penal da pessoa jurídica é corroborada de forma expressa do art. 3º da lei 9605/98, que observa para sua condenação que deve haver deliberação do ente coletivo, que o autor da infração seja vinculado à pessoa jurídica, e que o delito seja cometido no interesse da pessoa jurídica.

No atual cenário jurisprudencial brasileiro, o posicionamento do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de não mais condicionar a responsabilidade penal da pessoa jurídica concomitantemente com a

pessoa física - o que foi firmado no RE 548181 -, é da desnecessidade da dupla imputação, precedente que foi seguido pelo Superior Tribunal de Justiça em 2015.

Como todo direito, não pode ser exercido de forma irrestrita; o princípio em análise sofre restrições no nível da regra, como também por outros princípios que devem ser verificados diante do caso concreto, dentro das condições fáticas e jurídicas existentes.

As garantias fundamentais se aplicam às pessoas jurídicas, e o processo é o instrumento capaz de proporcionar de forma efetiva a aplicação da norma constitucional da não autoincriminação.

O sistema acusatório é capaz de assegurar aos acusados o respeito às garantias constitucionais. O ônus processual de provar suas alegações por parte do Órgão do Ministério Público oportuniza às pessoas jurídicas o direito de participar sem, contudo, realizar atividades para produzir provas contra si mesmas.

A responsabilidade da dinâmica probatória é bem definida pela legislação brasileira precisamente no CPP no art 156, que impõe a quem alega o dever de provar. Não provando, não terá êxito o acusador.

Tal dispositivo, em conjunto com o princípio da presunção de inocência, define uma dinâmica capaz de estabelecer no devido processo legal as mesmas garantias processuais das pessoas físicas às pessoas jurídicas.

Por outro lado, não cooperar com a produção da prova incriminatória preserva o núcleo essencial do direito da não autoincriminação, e possíveis restrições devem atentar para que não se retire o valor que está inserido na norma constitucional.

Apesar de não haver no ordenamento jurídico um regramento para que o núcleo essencial da norma de direito fundamental não seja limitado de forma que venha a se esvaziar, a jurisprudência reconhece que o respeito a conteúdo mínimo preserva o núcleo do conteúdo essencial da norma de direito fundamental.

Os três sub-princípios da proporcionalidade - necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito - podem ser vetores que, respeitados, permitem impor limites às restrições das normas de direito fundamental.

As restrições a direitos fundamentais, dentro de uma visão analítica, trazem duas teorias que podem contribuir muito com o debate, teorias externas e internas, que buscam estabelecer uma análise do fenômeno. As escolhas de uma ou de outra

teoria têm uma repercussão prática para a análise das normas de direitos fundamentais no momento do sopesamento diante de conflitos de princípios.

No plano da regra, o princípio da não autoincriminação pode ser restringindo, tendo-se em vista que o ordenamento jurídico tem legislações que impõem o dever de informação; assim, diante da análise do caso concreto, pode haver prevalência da norma de direito fundamental da não autoincriminação.

A prevalência da regra sobre os princípios é matéria que mantém uma discussão ampla do Supremo Tribunal Federal, com precedentes que coadunam com o posicionamento de que, diante de uma colisão de um princípio com uma regra, deve prevalecer a regra, o que tem contrariado a ideia de que os princípios são mais importantes do que a regras.

Como os princípios são valores que permeiam o ordenamento jurídico e não existindo uma tabela de hierarquia entre eles, no confronto entre princípios podem ser estabelecidas restrições do princípio da não autoincriminação às pessoas jurídicas.

Na atualidade, direitos coletivos, difusos e individuais homogêneos se encontram tutelados como direitos fundamentais. A proteção da tutela penal torna-se fundamental para resguarda-los e protege-los, uma vez que a comunidade os considera essenciais, o que desperta um interesse para sua efetiva proteção.

O bem jurídico vem veiculado pela norma penal, que expressa um valor que deve ser protegido. O bem jurídico penal de terceira geração ainda sofre de ausência de uma classificação exata para definir com precisão o que seria esse bem jurídico supraindividual, mas, por sua vez, não impede que aqueles que já são identificados sejam protegidos e resguardados.

REFERÊNCIAS

ACIOLI, J.A.S. **A crise do processo civil: uma visão crítica.** Disponível: [Http://oas.trt19.gov.br](http://oas.trt19.gov.br). Acesso: 17/08/2017.

AFONSO DA SILVA, J. **Curso de Direito constitucional positivo**, 38 ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2014.

ALBUQUERQUE, M.S. **A garantia de não autoincriminação: extensão e limites.** Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

ALEXANDRINO, J.M. **A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na constituição portuguesa.** Coleção Teses, 1 vol: raízes e contexto e 4 vol: a construção dogmática. Coimbra: Edições Almedina SA, 2006.

_____. **Direitos Fundamentais: introdução geral.** Estoril: Princípia, 2007.

ALEXY, R. **Teoria dos Direitos Fundamentais.** Porto Alegre: Malheiros Editora, 2 eds. 2015.

_____. **Teoria dos direitos Fundamentais.** Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2014.

ALMEIDA, G.A. **Codificação do Direito processual Coletivo Brasileiro: análise crítica das propostas existentes e diretrizes para uma nova proposta de codificação.** Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

_____. **Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo do direito processual (princípios, regras interpretativas e a problemática da sua interpretação e aplicação.** São Paulo: Saraiva, 2003.

ALMEIDA, J.C.M. **A contrariedade na instrução criminal.** São Paulo: {sine "omine"}, 1937.

ÁVILA, H. **Teoria dos Princípios.** São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

BARROSO, L.R. **Interpretação e aplicação da constituição.** 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **Revista da Academia Brasileira de Direito constitucional.** São Paulo: Saraiva, 2001.

BECCARIA, C. **Dos delitos e das penas.** São Paulo: Hemus, 2005.

BENJAMIN, A.H.V. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 2 eds., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

BEVILAQUA, C. **Teoria geral do direito civil: teoria geral do direito subjetivo, análise dos elementos que constituem dos direitos subjetivos**. 2. Ed. Rio de Janeiro, 1980.

BINDING, K. *La Volontarietà del fatto nei Reati, torino, fratelli Boca, 1972* in DELMANTO, C. **Código Penal Comentado**. São Paulo: Saraiva, 2011.

BOBBIO, N. **A Era dos direitos**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. 13 eds. São Paulo: Elsevier, 2010.

_____. **Justanaturalismo e positivismo Jurídico**. Tradução Jaime A. Clasen. Editora Unesp, 1ª ed., 2015.

BONAVIDES, P. **Curso de direito constitucional**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BORGES J.S.; RICARDO, R.S. O Início da concepção dos direitos inalienáveis no Leviatã de Thomas Hobbes. **XXIV Encontro Nacional-Conpedi-UFS**, Florianópolis - Santa Catarina, SC, 2015.

BRASIL. CODIGO PENAL BRASIL **Decreto-Lei nº 2.848 de 07.12.1940** alterado pela Lei nº 10.763, de 12/11/2003) (+). Brasília: Senado Federal, 2003.

_____. CODIGO PENAL BRASIL **Decreto-Lei nº 2.848 de 07.12.1940** alterado pela Lei nº 10.763, de 12/11/2003) (+). Brasília: Senado Federal, 2003.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.

_____. **Lei nº 9.605/98**. Brasília: Senado Federal, 1998.

_____. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Brasília: Senado Federal, 1990.

CANOTILHO, J.J.G. **Direito constitucional**. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

CERVO, A.L.; BERVIAN, P.A. **Metodologia científica**. 4 ed. São Paulo: Makron Books, 2007.

COELHO, F.U. **Direito Comercial**. São Paulo: Saraiva, 2009.

COMPARATO, F.C. **Afirmção Histórica dos direitos humanos**. 11 ed. São Paulo. Saraiva, 2015.

COSTA, R.L. Reflexões sobre direito processual coletivo. **RVMD**, Brasília, V. 6, nº 2, p. 269-296, Jul-Dez, 2012.

COUCEURO, J.C. **A garantia constitucional do direito ao silencio**. São Paulo: Atlas, 2004.

DAVID, R. **Os grandes sistemas do direito contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DIDIER, F.; ZANETI JR., H. **Curso de Direito Processual Civil: Processo Coletivo**. 3.ed. Salvador: Juspodvm, 2008.

DIMOULIS, D.; MARTINS, L. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 4. Ed. revista atualizada e ampliada. São Paulo: Atlas, 2012.

DINIZ, M.H. **Curso de Direito Civil Brasileiro: teoria geral do Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2009.

DORNELLES, J.R.W. **O que são direitos humanos**. São Paulo: Brasiliense, 1889.

DOTTI, R.A. **Bases e Alternativas para o Sistema de Penas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

DWORKIN, R. **Levando o direito a sério**. São Paulo: Malheiros, 2008.

FILHO, V.M. **O direito da não autoincriminação no processo penal contemporâneo**. Belo Horizonte Editora Del Rey, 2012.

FLICK, U. **Introdução à pesquisa qualitativa**. 3.ed. Porto Alegre: Artmed, 2009.

GARCIA, B. **Instituições de Direito Penal - Vol. I - Tomo I**, 4 eds., São Paulo: Max Limonad, 1975.

GAVARA, C. **Derechos Fundamentales**. São Paulo: Atlas, 2006.

GIL, A. **Metodologia científica**. São Paulo: Ática, 2004.

GOMES FILHO, A.M. Direito à prova no processo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997 apud QUEIJO, M.E. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**: o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GOMES, J.J.C. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

GOMES, L.F. et al. **Direito Pena-Introdução e Princípios e fundamentais**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 2008.

GONÇALVES, M.V.R. **Novo Curso de Direito Processual Civil**. Vol. 1. São Paulo: Saraiva. 2004.

GRINOVER, A.P.; BENJAMIN, A.H.V.; FINK, D.R.; FILOMENO, J.G.B.; KAZUO, W.; NERY, N. Jr.; DENARI, Z. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**. 8 eds. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

GUEDES, F.P.M. **Culpabilidade no Direito Penal**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2010.

HASSEMER, W. Características e crises do moderno direito Penal. In: **Revistas de Estudos Criminais**, ano 2, 2003, n 8, 54-55, PUC-RS, p 55-56.

HESSE, K. *Significado de los derechos fundamentales*. In: ____ BENDA et al. **Manual de Derecho Constitucional**. Editado e traduzido por Antonio Lopez Pina. Madrid: Instituto Vasco de Administración Pública Marcial Pons, Edições Jurídicas e Sociais, S.A., 1996, p. 109, n. m. 64.

JÚDICE, M.P. **Robert Alexy e a sua teoria sobre os princípios e regras**, Artigo 2 de março de 2007, p.35.

KELSEN, H. **Introdução ao Estudo do Direito**: técnica de decisão, dominação. São Paulo: Atlas, 2016.

LAKATOS, E.M.; MARCONI, M.A. **Metodologia do Trabalho Científico**. São Paulo, Atlas, 2002.

LANGEBEIN, J.H. *The privilege and Common law criminal procedure: the sixteenth to the eighteenth centuries*. In **privilege against self-incrimination: Its origins and development**, 1997.

LOCKE, J. **Segundo Tratado sobre o Governo Civil**. Tradução de Anor Aiex e E. Jacy Monteiro. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

LOCKE, J.; ROSSEUAU, J.J. **O Leviatã**. São Paulo: Martin Claret, 2003.

LOEWENSTEIN, K. **Teoría de La Constitución**. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1928.

MANCUSO, Rodolfo Camargo. A normação brasileira sobre processo coletivo. In: _____. **Jurisdição coletiva e coisa julgada**. São Paulo: RT, 2006.

MARKY, T. **Curso elementar de Direito Romano**. São Paulo: Saraiva. 8 eds., 1995.

MAZZILLI, H.N. **A defesa dos Interesses Difusos em Juízo**. 22 eds., São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

MEIRA, S.A.B. **Curso de Direito romano**. Histórias e Fontes. São Paulo: Saraiva, 1975, p.89.

MENDES, A.C. **Ações coletivas e meios de resolução coletiva de conflitos no direito comparado e nacional**. 4 ed. São Paulo. Revista dos tribunais, 2014.

_____. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. 3ª edição, São Paulo: Saraiva, 1998.

MIR PUIG, S. **Derecho Pena**: parte general. 5 ed. Barcelona: Reppertor, 1990.

MONTEIRO, E.M.L. A evolução do acesso à justiça. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVI, n. 116, set 2013.

MOREIRA, H. CALEFFE. L.G. **Metodologia da pesquisa para o professor pesquisador**. 2. ed. São Paulo: DP&A, 2008.

NETO, F.C.V. **O amplo acesso à justiça e a eficácia político-social da tutela processual coletiva**. Processos Coletivos, Porto Alegre, vol. 3, n. 3, 01 set. 2012.

OLIVEIRA, E.P. **Curso de processo penal**. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 10ª edição, 2008.

PEREIRA, C.M.S. **Instituições de direito civil**. Introdução ao direito civil teoria geral do direito civil, 1985.

PEREIRA, J.R.G. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais**: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2006.

_____. **O Papel da Defensoria Pública em face dos interesses dos necessitados**. Dissertação mestrado. Campina Grande: UEPB, 2005.

PINTO, L.S. **Privilégio Contra a Autoincriminação Versus Colaboração do Arguido**. Prova criminal e direito de defesa – estudos sobre teoria da prova e garantias de defesa em processo penal. Org.: Teresa Pizarro Beleza e Frederico de Lacerda da Costa Pinto. Lisboa: Almedina, 2010. p.100.

PIOVESAN, F. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva.

QUEIJO, M.E. **O direito de não produzir prova contra si mesmo (o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal)**. São Paulo: Saraiva, 2003. p.6.

RAPOSO, V.L.C.; MACHADO, J.E.M. O direito à não autoincriminação e as pessoas coletivas empresariais. In **Direitos Fundamentais e Justiça**, nº 8 – jul. /Setembro, 2009, p.22.

REALE, M. **Filosofia do Direito**. 20 eds., São Paulo: Saraiva, 2002.

RODRIGUES, S. **Direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2000, p.65.

ROLIM, L.A. **Instituições de Direito Romano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.108.

ROTHENBURG, W.C. **Princípios Constitucionais**. Sergio Antônio Fabris Editor, Porto Alegre. 1999, p.33.

RUDIO, F. V. **Introdução ao projeto de pesquisa científica**. 9. ed. Petrópolis: Vozes, 1985.

RUST, L. **Bulas inquisitoriais: Ad Abolendam (1184) e Vergentis in Senium**. p.24.

SALLES, C.A. Políticas Públicas e Processo: a questão da legitimidade nas ações coletivas. In: **Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico** / Maria Paula Dallari Bucci (organizadora). São Paulo: Saraiva, 2006.

SANCHES, J.M.S. **A expansão do direito Penal**. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2013, p.76.

SANTOS, D.M. Anteprojeto do Código Brasileiro de Processo Civil Coletivo: inovações na prática processual em busca de efetividade. In: **Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos/coordenação**: Ada Pellegrini Grinover, Aluisio Gonçalves de Castro Mendes e Kazuo Watanabe. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

SEVERINO, A.J. **Metodologia do trabalho científico**. 22 eds., São Paulo: Cortez, 2002.

SILVA, E. Como avaliar e interpretar a literatura médica. In: DRUMMOND, J.P., SILVA, E.; COUTINHO, M. **Medicina baseada em evidências**. 2 ed. São Paulo: Atheneu, 2004.

SILVA, J.A. **Curso de direito constitucional positivo**. 21 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

SILVA, J.B.; SILVEIRA. R.R. O Início da concepção dos direitos inalienáveis no Leviatã de Thomas Hobbes. **XXIV Encontro Nacional-Conpedi-UFS**, Florianópolis - Santa Catarina, SC, 2015.

SMANIO, G.P. **Tutela Penal dos Interesses Difusos**. São Paulo: Atlas, 2000.

SOARES, G.F.S.S. **Common law**. Introdução ao Direito do EUA. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

STRECK, L.L. A atualidade do debate da crise paradigmática do direito e a resistência positivista ao neoconstitucionalismo. **Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos**, Bauru, v. 40, n. 45, p. 257-290, jan. /jun. 2006.

TUCCI, R.L. **Lineamentos do processo penal romano**. São Paulo. Bushatsky, 1976.

NIN, C.E. **Jusnaturalismo e Juspositivismo.** Disponível:
<https://duduhvanin.jusbrasil.com.br>. Acesso: 05/02/2018.

VENOSA, S.S. **Direito Civil.** São Paulo: Atlas, 2013.

VIRGÍLIO, A.S. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. **Revista de Direito do Estado 4**, 2006, p.51.

VIRGILIO, A.S. **Direitos Fundamentais.** São Paulo: Malheiros, 2014.

ZAFFARONI, E.R.; PIERANGELI, J.H. **Manual de direito penal brasileiro:** Vol. I: parte geral. 7 eds. rev. e atual. 2.tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.157.