

DIREITO FUNDAMENTAL AO SILÊNCIO*Rafael Raphaelli*

Defensor Público

Especialista em Direitos Fundamentais e Constitucionalização do Direito pela PUC/RS

Apoiador do Núcleo de Direitos Humanos da DPE/RS

RESUMO: O presente estudo traz, inicialmente, elementos informativos acerca do surgimento e evolução histórica do direito ao silêncio, enfrentando questões conceituais e de natureza jurídica do respectivo instituto, situando-o como garantia fundamental reconhecida desde o advento da Constituição Federal de 1988. Objetivando buscar uma adequada compreensão, não apenas das decorrências no plano normativo da constitucionalização da enfocada garantia, mas, principalmente, das consequências do exercício do direito ao silêncio, necessárias foram algumas considerações sobre ônus da prova e direito de não produzir provas contra si, após breve apanhado acerca do processo penal acusatório e da teoria do garantismo penal. A amplitude do direito ao silêncio, tanto objetiva como subjetivamente, assim como as implicações decorrentes de sua violação, foram também abordadas neste trabalho, merecendo especial atenção a questão da ilegalidade de prisões fundadas no seu mero exercício. Por fim, passado a limpo as modificações sucedidas desde a promulgação da atual Carta da República sobre o tema, procurou-se demonstrar a necessidade, de parte dos operadores do direito, de constante e redobrada atenção para se evitar prejuízos aos acusados, pois, não raramente, na prática forense, observam-se sutis tentativas de violações às regras processuais, inclusive no tocante ao direito ao silêncio, ainda que, na doutrina, cada vez mais crescente o entendimento de que o processo penal deve ser compreendido em consonância com os ditames constitucionais.

PALAVRAS-CHAVE: Direito ao silêncio – Direito de não produção de provas contra si – Presunção de inocência – Sistema acusatório – Ônus da prova – Garantismo penal – Dignidade da pessoa humana – Integridade física e psíquica – Intimidade – Direitos Fundamentais.

SUMÁRIO: 1. Breves considerações históricas 2. Conceito e fundamentação 3. Sistema acusatório e ônus da prova 4. Amplitude do direito e consequências da violação 5. Vedação de prisões decorrentes de seu mero exercício 6. Mudanças decorrentes da constituição federal de 1988. 7. Conclusões 8. Referências Bibliográficas.

INTRODUÇÃO

O direito ao silêncio, como garantia fundamental do acusado, despertou-nos o interesse para a pesquisa, inicialmente, porque, ainda que largamente difundido no direito processual penal constitucionalizado, muitas vezes, por incompreensão da sua importância e até mesmo das razões de sua existência, vem sendo violado na prática forense, acarretando consequências prejudiciais à defesa.

Objetivando trazer elementos esclarecedores de sua função, fez-se necessário buscar elementos históricos de seu surgimento e evolução, que acompanharam a própria sedimentação dos direitos humanos e o reconhecimento de sua fundamentalidade nas sociedades modernas, especialmente no Estado de Direito.

Vislumbrando-se a estreita relação do instituto investigado com o ônus da prova no sistema processual acusatório, no qual, dentre outros princípios, tem local de destaque a presunção de inocência e a dignidade humana, procurou-se revelar a adequada dinâmica de um conjunto de garantias que visam a assegurar ao réu um processo ético e justo.

Superadas essas premissas, foram traçadas, sem a pretensão de esgotar a matéria, a amplitude do direito em estudo, objetiva e subjetivamente, a partir de situações nas quais seu respeito é imperativo, reafirmando-se o posicionamento de que nenhuma consequência desfavorável ao acusado pode ser licitamente extraída do exercício do direito ao silêncio, inclusive pelo fato de que inúmeros podem ser os motivos de tal postura processual, sendo isso decorrente, não raras vezes, de permitida estratégia utilizada pela defesa técnica. Mereceu, neste particular, especial atenção discussão envolvendo a constitucionalidade de dispositivo infra-constitucional onde prevista a possibilidade do

jugador considerar o silêncio, ainda que não de forma isolada, na formação de seu convencimento, sendo que, ao adequado enfrentamento do tema, necessária foi uma breve incursão na questão dos limites e restrições à direitos fundamentais, apanhando também a ponderação de princípios conflitantes.

Ainda foram abordadas as consequências de violações ao direito em exame, tecendo-se algumas considerações sobre nulidades, provas ilícitas, inclusive a por derivação, necessidade de desentranhamento destas provas e substituição do julgador que tiver delas conhecimento, valoração das provas do inquérito conforme legislação atual, e a incidência do *in dubio pro reo* também no procedimento do Júri.

Foram também refutadas, pontualmente, decretações de prisão preventiva, assim como sua manutenção, quando a decisão é fundada na suposta ausência de colaboração com a instrução do processo do acusado que exerce o direito ao silêncio, bem como da prisão em flagrante, não apenas de acusados ou indiciados, mas também de testemunhas, e não somente em feitos criminais, que deixem de responder perguntas que lhes possam incriminar, situações estas de manifesta violação do direito ao silêncio, muitas vezes verificadas não apenas em Delegacias de Polícia, mas também em Comissões Parlamentares de Inquérito, cuja prática, porém, tem sido repelida pelo Poder Judiciário.

Por fim, após um breve apanhado de modificações sentidas no direito ao silêncio com o advento da Constituição Federal vigente, chegou-se à conclusão de que o direito ao silêncio encontra perfeita consonância com os ditames basilares de nosso Estado Democrático de Direito, mas a realização de sua plena efetividade passa, necessariamente, por uma postura crítica dos operadores do direito, não apenas na busca da eventual modificação de entendimentos dominantes que, por vezes, relativizam indevidamente garantias fundamentais, mas também de uma redobrada e constante vigilância diante de sutis tentativas de violações às regras processuais que se observa na prática forense.

1. BREVES CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS

Segundo Maria Elizabeth Queijo, no Código de Hamurabi, o acusado poderia ser ouvido sob juramento e, nas Leis de Manu, se calasse, seria tido por culpado, ao passo que no Egito já havia a tortura no interrogatório, com o uso de rodas e golpes de bastão. No direito hebreu, o juramento era excepcional para provar a inocência, e a confissão era tida como uma aberração da natureza humana ou manifestação do estado de loucura.¹

No Grécia aplicava-se a tortura, assim como no Império Romano, sendo que os bárbaros, invasores deste, empregavam as *ordálias*. No processo inquisitório havia uma prévia convicção sobre a culpabilidade do acusado e a tortura buscava alcançar essa confirmação.²

Historicamente, foi no período do Iluminismo que o princípio do *nemo tenetur se detegere* se firmou como garantia relativa ao acusado no interrogatório, sendo que os iluministas combateram o emprego da tortura e do juramento imposto ao acusado, métodos até então vigentes, considerando antinaturais declarações auto-incriminatórias³.

No entanto, a construção teórica iluminista sobre tal princípio não foi pacífica nem uniforme, sendo que o próprio Beccaria, ainda que contrário ao emprego da tortura e dos juramentos, de forma contraditória, entendia que a pena legal deveria ser das mais graves, quando duvidosa a autoria, ao que se recusasse a responder ao interrogatório. Filangieri foi quem avançou em relação à obra de Beccaria, reconhecendo o direito ao silêncio, mas defensores da natureza probatória do interrogatório, dentre os quais Bentham e Bonneville de Marsangy, continuaram negando ao acusado o direito de silenciar. A evolução do princípio, no entanto, aos poucos, afastaria a presunção de culpa pelo exercício do direito ao silêncio.⁴

Na Europa, a perseguição religiosa foi criando um clima de crescente indignação com as perseguições religiosas. Na França, antes da queda da Bastilha, não se pode falar em direitos e garantias individuais. A abolição da tortura somente se deu sob o reinado de Luis XVI, por meio de dois editos, um de 24.08.1780, e outro, de 01.05.1788,

1 QUEIJO, Maria Elizabeth, O direito de não produzir provas contra si mesmo, Editora Saraiva, 2003, pp. 5-6.

2 QUEIJO, O Direito de não produzir..., pp. 6-7.

3 QUEIJO, O Direito de não produzir..., p. 8.

4 QUEIJO, O Direito de não produzir..., pp. 8-11.

sendo que a ruptura com a Justiça despótica teve importante marco na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 8-9 de outubro de 1789. Tais ideias, de nova legislação processual penal liberal, que tiveram inequívoca influência inglesa, acabaram fracassando logo em seguida, tendo como um dos motivos as guerras napoleônicas, com movimentos a favor do retorno ao procedimento inquisitivo das *Ordonnances Criminelle*, de 1670, que culminaram com a elaboração do *Code d'Instruction criminelle*, de 1808, onde mantida a abolição do juramento, mas com insuficientes regras de proteção ao silêncio do acusado. Posteriormente, fruto de críticas para adequá-los aos princípios liberais, foi promulgada, em 8.12.1897, legislação assegurando ao acusado não apenas o direito ao silêncio, como o de somente ser interrogado na presença de advogado, não restando, porém, excluídas as consequências prejudiciais ao exercício do silêncio. Após sucessivas reformas processuais, a advertência de que o acusado era livre para não fazer qualquer declaração foi revigorada em 1959, persistindo até as modificações legislativas de 2000, quando o direito francês estendeu o direito ao silêncio aos interrogatórios policiais⁵.

Na Inglaterra, por sua vez, enquanto outros Estados estavam ainda em gestação, os nobres, já em 1215, procurando estabelecer limites objetivos à atividade real, impuseram ao monarca a denominada Carta Magna, onde, dentre outras garantias, constava a de que os homens livres somente poderiam ser punidos por seus pares e pela *law of the land*. Alguns sustentam que o direito ao silêncio teria surgido, na *common law*, como evolução da aplicação da *peine forte et dure*, onde a manutenção do silêncio, mesmo diante de torturas até a morte, impedia fosse o acusado declarado culpado, obstando o confisco de seu patrimônio. Outros entendem que a consagração do direito ao silêncio se deu em 1641, com a extinção da *Star Chamber* e da *Court of high Commission*, Tribunais que julgavam crimes religiosos e contra o rei, nos quais admitidos procedimentos de ofício e juramentos. Antes disso, católicos e puritanos, levados a julgamento por recusarem obediência ao culto anglicano, buscavam, perante as *Common Law Courts*, lhes fossem expedidos *writs of prohibition* e *habeas corpus*, para que não fossem compelidos a prestar juramento. Nesse

5 COUCEIRO, João Cláudio, A Garantia Constitucional do Direito ao Silêncio, Editora Revista dos Tribunais, 2004, pp. 48-58.

quadro, o primeiro país em que o “direito ao silêncio” triunfou foi na Inglaterra, já a partir de 1679, dentro de um movimento tendente a reconhecer maiores direitos à defesa.⁶

Na América do Norte, os colonos ingleses, sabedores dos males da perseguição religiosa, também se preocupavam com as garantias do acusado. Em 1641, em Massachusetts, foi redigido, pela primeira vez, na América, documento que tratava, dentre outras garantias, da contra a auto-incriminação, mas com eficácia discutível em face dos atos da coroa britânica. A Virgínia foi o primeiro Estado, antes mesmo da declaração de independência, a adotar uma Constituição e uma declaração de direitos, aprovada em 12.06.1776. Quando a Constituição Federal foi promulgada, em 17.09.1787, acabou não contendo qualquer declaração de direitos, sendo que os Estados passaram a indicar emendas, dentre as quais a V Emenda, ratificada em 1791, onde previsto, dentre outras garantias, a de não ser forçado a testemunhar contra si próprio⁷

Posteriormente, tratados internacionais passaram a consagrar definitivamente o direito ao silêncio, embora, em alguns, implicitamente, como se deu na Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas, em 1948, com a previsão expressa da presunção de inocência e da não utilização da tortura. Na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, aprovada na Conferência de São José da Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, foi reconhecido o princípio do *nemo tenetur se detegere* entre as garantias mínimas a serem observadas a toda pessoa acusada de um delito. Não menos diferente, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, adotado pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 16 de dezembro de 1966, que entrou em vigor em 23 de março de 1976, também se referiu expressamente ao princípio em tela, reconhecendo a toda pessoa acusada de um crime o direito a não se auto-incriminar.⁸

No Brasil, foi a Constituição de 1824 que aboliu a tortura, prática até então sempre admitida, ainda que o direito português, aqui vigente até o início do século XIX, conhecesse o privilégio da não auto-incriminação. No Código de Processo Penal de 1832, o interrogatório era considerado meio de defesa, sendo admitido o silêncio, com a garantia de

6 COUCEIRO, A Garantia Constitucional..., pp. 63-71

7 COUCEIRO, A Garantia Constitucional..., pp. 72-7.

8 QUEIJO, O direito de não produzir..., p. 26.

que o acusado não seria torturado, mas não de que não haveria prejuízo à defesa. Da Constituição republicana de 1891 se inferia o reconhecimento, ainda que não de forma explícita, do direito ao silêncio, porém, como foi conferida legitimidade aos Estados para legislar sobre direito processual relativamente aos processos de competência de suas respectivas Justiças, algumas legislações nada mencionaram quanto ao silêncio, ao passo que outras faziam menção de poderia ser interpretado em prejuízo do acusado. Após o restabelecimento da unidade processual, com o advento do Código de Processo Penal editado pelo Dec.-lei 3689/41, a questão do direito ao silêncio foi tratada de forma mais clara, situado que não importará em confissão, mas que poderá trazer prejuízo à defesa, podendo servir de elemento à formação da convicção do juiz. O Código de Processo Militar editado pelo Dec.-lei 1002/69 também tratou do assunto da mesma forma. Com a Constituição Federal de 1988 foi consagrado o direito ao silêncio, sem que houvesse do seu exercício prejuízo à defesa. Posteriormente, a adesão do Brasil ao Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos, bem como à Convenção Americana de Direitos Humanos, incorporados ao ordenamento pátrio pelo Dec. Legislativo 226/91 e 227/92, respectivamente, e a promulgação da Lei 10.792/03, trouxeram nova roupagem ao tema. O art. 186 do CPP, como redigido atualmente, assegura que não poderá o silêncio ser interpretado em prejuízo da defesa, mas, contraditoriamente, o art. 198, mantida a redação anterior, permite que o silêncio sirva de elemento de convicção do juiz.⁹ Se mesmo antes das recentes alterações legislativas a doutrina já refutava pudesse o juízo fazer uso, ao menos explicitamente, do silêncio do acusado para a formação de seu convencimento¹⁰, razão não há para que se entenda pense diferente atualmente.

2. CONCEITO E FUNDAMENTAÇÃO

Ainda que haja uma significativa tendência à equiparação do direito ao silêncio ao princípio da não produção de provas contra si mesmo, em realidade, o direito ao silêncio é a mais tradicional manifestação do *nemo tenetur se detegere*, mas o citado

9 COUCEIRO, A Garantia Constitucional..., pp. 99-114.

10 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, Código de Processo Penal Comentado, Ed Saraiva, 1998, vol. I, p. 398.

princípio é sabidamente mais amplo.¹¹ O direito ao silêncio corresponde ao direito de não responder as perguntas formuladas pela autoridade, direito de calar, reconhecimento, nas palavras de Malio Mazzanti, “*da liberdade moral do acusado*”.¹²

Conforme Serpa Lopes, “*o silêncio é uma manifestação de vontade, por meio de um comportamento negativo, deduzida das circunstâncias concludentes, caracterizadas pelo dever e possibilidade de falar, quanto ao silente e pela convicção da outra parte, indicando uma inequívoca direção de vontade incompatível com a expressão de vontade oposta*”.¹³

O direito ao silêncio configura, também, manifestação do direito fundamental da intimidade, inserindo-se entre as liberdades públicas oponíveis ao Estado. Alguns associam o direito ao silêncio ao de mentir, mas a mentira é outra decorrência do *nemo tenetur se detegere*, estando inserida na inexistência do dever de dizer a verdade.¹⁴

Não obstante largamente difundido o direito ao silêncio, há ainda uma forte tendência de associá-lo à culpabilidade do acusado, o que é remanescente de uma visão preconceituosa no sentido de que outras razões não poderiam existir para o silêncio que não a culpa ou a ausência de qualquer defesa, fazendo com que muitas vezes acabe não sendo exercido justamente por tais razões.¹⁵

Importante situar, ainda, que o direito ao silêncio contribui para a instauração de um processo fundado no respeito à liberdade física e psíquica do acusado, não sendo antinatural, nem sinônimo de confissão ficta ou falta de defesa, mas tão-somente direito do acusado, inserido em sua autodefesa.¹⁶

Como bem situa Valdir Snick, “*no calar, o interrogado realiza sua autodefesa, já que seu silêncio, nenhuma prova faz*”.¹⁷ O acusado evita “*complicar-*

11 QUEIJO, O direito de não produzir..., p. 190.

12 Apud Queijo, O direito de não produzir..., p. 190.

13 Apud SZNICK, Valdir, Princípios de Defesa na Constituição, Iglu Editora, 2002, p. 137.

14 QUEIJO, O direito de não produzir..., p. 191.

15 QUEIJO, O direito de não produzir..., p. 192.

16 QUEIJO, O direito de não produzir..., p. 193.

17 SZNICK, Valdir, Princípios de Defesa na Constituição, Iglu Editora, 2002, p. 165.

se, quer pelo estado emocional, quer pela confusão de que é possuído".¹⁸ Apenas *"omite esclarecer a verdade, omissão que não denota culpa, mas que o acusado escolhe como meio de defesa (autodefesa, ou defesa técnica, orientada por seu defensor)"*.¹⁹

Incontáveis podem ser as razões ao acusado silenciar, não apenas por incompreensão de termos técnicos constantes na imputação - por efetivo desconhecimento de fatos narrados na denúncia, temor em razão de estados emocionais, ou por não conseguir precisar com exatidão situações que lhe forem questionadas -, mas até mesmo para preservar terceiros (como o amante que passa por ladrão para não incriminar sua parceira), por vergonha de narrar situações e/ou inclusive vontade de não relembra-las por lhe serem humilhantes, enfim, inúmeros motivos, tanto em casos de inocência como de culpa, que não têm, aliás, maiores relevâncias, uma vez inconcebível que o simples exercício de um direito consagrado, inclusive corroborado pela presunção de inocência, possa trazer prejuízo à defesa.²⁰

De outro lado, para que se possa situar a natureza jurídica do direito ao silêncio, necessário compreender a natureza jurídica do interrogatório. Segundo Sznick, para alguns, dentre ao quais Frederico Marques e Camargo Aranha, o interrogatório é meio de prova, ou seja, tudo aquilo que serve para alcançar convencimento do juiz; para outros, citando-se Pimenta Bueno, Galdino Siqueira, Tourinho Filho e Bento Faria, é meio de defesa, oportunidade que tem o acusado de ser ouvido, assumindo ou negando a prática do delito e indicando seus meios de prova; a maioria, no entanto, entende que o interrogatório seria meio de defesa e de prova, orientação esta adotada por Frederico Marques e Helio Tornaghi, dentre outros.²¹ As alterações trazidas pela Lei 10.792/03, facultando às partes formularem indagações complementares no interrogatório, reforça tal posicionamento.

Para o Prof. Aury Lopes Júnior, no entanto, seria estéril aprofundar a discussão se o interrogatório seria *"meio de prova"* ou *"meio de defesa"*, visto que, *"se de*

18 SZNICK, *Princípios de Defesa*..., p. 166.

19 SZNICK, *Princípios de Defesa*..., p. 166.

20 SZNICK, *Princípios de Defesa*..., p. 166

21 SZNICK, *Princípios de Defesa*..., p. 146.

um lado potencializamos o caráter de meio de defesa, não negamos que ele também acaba servindo de meio de prova, até porque ingressa na complexidade do conjunto de fatores psicológicos que norteiam o ‘sentire’ judicial materializado na sentença”.²²

Segundo Mirabete, “mesmo quando o acusado se defende no interrogatório, não deixa de apresentar ao julgador elementos que podem ser utilizados na apuração da verdade, seja no confronto com as provas existentes, seja por circunstâncias e particularidades das próprias informações prestadas”.²³ Não podemos concordar, no entanto, quando o referido doutrinador afirma que, “mesmo o silêncio do acusado, se não pode ser interpretado em prejuízo do réu, pode fornecer ao juiz a convicção íntima para a condenação quando encontra amparo em outros elementos de prova”²⁴, simplesmente porque, não tem conotações negativas, não é contra nem a favor, como sustenta Luiz Antônio Câmara Leal.²⁵

Não é sem razão, a nosso ver, a relevância prática da distinção entre meio e fonte de prova, qual seja, distinguir os sujeitos que podem dispor das fontes dos que tem disponibilidade sobre os meios de prova.²⁶

Consoante se vê da distinção traçada por Sentis Melendo, as fontes de prova “são elementos probatórios que existem antes do processo e com independência deste”, ao passo que os meios de prova são “as atuações judiciais com as quais as fontes se incorporam ao processo”. Esclarece, ainda, o referido autor, que “a grande utilidade da distinção entre meio e fontes de prova diz respeito à distribuição da iniciativa probatória entre as partes e o juiz”.²⁷

Como as partes são quem mais conhecem como provar os fatos, elas teriam disponibilidade sobre as fontes da prova, podendo deixar de levar ao conhecimento do juiz suas fontes, mas se a existência destas chegar ao conhecimento do magistrado, este poderá

22 LOPES JÚNIOR, Aury, Direito Processual e sua conformidade constitucional, Editora Lúmen Júris, 2007, p. 598.

23 MIRABETE, Júlio Fabbrini, Processo Penal, Editora Atlas, 1999, p. 277.

24 MIRABETE, Processo..., p. 277.

25 Apud QUEIJO, O direito de não produzir..., p. 193

26 BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy, Ônus da Prova no Processo Penal, Ed. Revista dos Tribunais, 2003, p. 167.

27 Apud BADARÓ, Ônus da Prova..., pp. 165 e 167.

- ainda que isso, a nosso ver, possa contrariar o sistema acusatório - determinar que seja produzido o meio de prova a ela relativo.²⁸ Em se tratando do direito ao silêncio, mesmo tendo ciência de que o interrogatório poderia ser fonte de prova, não poderia o Juiz obrigar o acusado a responder seus questionamentos, nem valorar negativamente o regular exercício de tal direito, sob pena de violação do núcleo essencial de garantias fundamentais.

Nesse sentir, não é sem razão a referência encontrada na lição de Aury Lopes Júnior, de que o interrogatório *“pode constituir fonte de prova, mas não meio de prova”*, não servindo, em outros termos, para provar o fato, mas para fornecer outros elementos que possam conduzir à sua comprovação. O referido autor, citando ensinamento de Ada Pellegrini Grinover, esclarece, ainda, *“que através do interrogatório o juiz (e a polícia) pode tomar conhecimento de elementos úteis para a descoberta da verdade do delito, mas não é para esta finalidade que o interrogatório está orientado”*.²⁹

Aliás, valer-se do interrogatório para finalidade diversa da qual está ele orientado, equivaleria a considerar o acusado como objeto e não sujeito do processo, violando-se fundamento basilar do Estado Democrático de Direito, consistente no respeito à dignidade da pessoa humana. Na seara criminal, como bem situado por Nereu José Giacomolli, *“a dignidade da pessoa humana indica que o suspeito, o acusado, o apenado, não podem ser tratados como simples objeto, como instrumentos do Estado.”*³⁰

É oportuno situar, que *“o ‘nemo tenetur se detegere’, encartado no direito à ampla defesa e na presunção de inocência, reflete ainda em outras garantias essenciais para que a finalidade do processo seja atingida: no direito a integridade física e moral do acusado e na vedação da tortura e de outros tratamentos desumanos e degradantes.”*³¹

Segundo João Cláudio Couceiro:³²

28 BADARÓ, Ônus da Prova..., p. 167.

29 LOPES JÚNIOR, Direito Processual..., pp. 597-8.

30 GIACOMOLLI, Nereu José, Resgate necessário da humanização do processo penal contemporâneo, in Política Criminal Contemporânea: Criminologia, Direito Penal e Direito Processual Penal, Coordenador Alexandre Wunderlich, Editora Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2008, p. 343.

31 QUEIJO, O direito de não produzir..., p. 73.

32 COUCEIRO, A Garantia Constitucional..., p. 155.

“O direito ao silêncio insere-se, no plano do direito material, na esfera de proteção à intimidade, que, por sua vez, enquadra-se entre os direitos que constituem atributo da personalidade, enquanto que, no plano do direito processual, relaciona-se com as regras que garantem o devido processo legal, a ampla defesa, o contraditório real e a presunção de inocência.”

Para Professor Ingo Wolfgang Sarlet *“a dignidade da pessoa humana poderia ser considerada atingida sempre que a pessoa concreta (o indivíduo) fosse rebaixada a objeto, a mero instrumento, tratada como uma coisa, em outras palavras, sempre que a pessoa venha a ser descaracterizada e desconsiderada como sujeito de direitos.”*³³

A importância do enfrentamento do direito processual penal à luz da Constituição Federal, vale lembrar, é proclamada pelo Professor Alexandre Wunderlich, nos seguintes termos:³⁴

“Essa e a linha da doutrina contemporânea no sentido de se aceitar a Constituição como lei suprema do processo penal e o devido processo legal como instrumento de efetivação de garantias, como conjunto de exigências éticas para a garantia de que ao réu será assegurado um julgamento justo. No atual período científico do direito processual penal, originário das revoluções liberais, a Constituição Federal recebe, além de sua função de hierarquia legal, uma função de positividade material dos direitos fundamentais, sendo o principal marco na positividade desses direitos.”

Não é demais trazer à baila, de resto, que o princípio de não produzir provas contra si, do qual o direito ao silêncio é apenas uma das modalidades de não auto-incriminação, como direito fundamental, insere-se entre os direitos de primeira geração, ou seja, os direitos de liberdade. Todavia, cumpre situar, que embora o *nemo tenetur se detegere* esteja encartado entre os direitos de primeira geração, nos quais a ênfase é o

33 SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 9ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 116.

34 WUNDERLICH, Alexandre, Por um Sistema de Impugnações do Processo Penal Constitucional Brasileiro, *in* Escritos de Direito Penal em Homenagem ao Professor Paulo Cláudio Tovo, Editora Lúmen Júris, 2002. p. 24-5.

resguardo do indivíduo diante do Estado, não se pode deixar de ressaltar que também apresenta a ótica do interesse público, posto que inserido no direito à defesa e na cláusula do devido processo legal, repercutindo na própria legitimação da jurisdição.³⁵

3. SISTEMA ACUSATÓRIO E ÔNUS DA PROVA

Historicamente, o Direito Processual apresenta três sistemas de processo diversos, quais sejam: o acusatório, o inquisitório e o misto. O primeiro se caracteriza pela maior publicidade dos atos processuais, pela separação das funções de acusar, defender e julgar, pela presença do contraditório e pela maior isenção do magistrado na condução do procedimento. O segundo, por sua vez, é caracterizado pelo sigilo dos atos processuais, pela concentração das funções de acusar e julgar no juiz, pela inexistência no contraditório e pela participação ativa do magistrado na coleta das provas, maculando a imparcialidade que deve ser inerente à jurisdição. Já o sistema misto aproveita características, dependendo da fase do processo, do sistema inquisitivo e do sistema acusatório.³⁶

Segundo Castanho de Carvalho, o sistema acusatório teria vigorado, em Atenas e Roma, até o século XII, quando começou a ceder espaço ao sistema inquisitivo, que, impulsionado pelo Direito Canônico, espalhou-se pelas demais legislações dos povos. O uso de tortura, dentre outras práticas cruéis de desumanas, fomentaram fortes críticas, surgindo, no Direito Penal, a Escola Clássica, *“cujos postulados principais eram a contestação do arbítrio, a restauração da dignidade do indivíduo e a humanização do direito de punir”*.³⁷ Conforme bem situa o mencionado autor, *“do direito penal, esse sentimento de respeito à dignidade humana dirigiu-se ao Direito Processual Penal, cuja autonomia científica ainda não era reconhecida, e acabou por fundamentar a transmutação do sistema inquisitório para o sistema acusatório, no mesmo século XVIII”*, sendo que esse movimento filosófico e jurídico coincidiu com o Iluminismo.³⁸

35 QUEIJO, O direito de não produzir..., p. 55.

36 CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de, *Processo Penal e Constituição*, Editora Lúmen Júris, 2006, p.23.

37 CARVALHO, Luis Gustavo, *Processo Penal...*, p. 24.

38 CARVALHO, Luis Gustavo, *Processo Penal...*, p. 24.

O sistema acusatório desta época, no entanto, não visualizava o acusado como titular de direitos processuais, sem o que dificilmente havia possibilidade de oposição ao arbítrio jurídico remanescente, sendo que, somente no século XIX, especialmente nas obras de Wach e de Bülow, surgira a concepção do processo como relação jurídica em que autor e réu passam a ser reconhecidos como sujeitos de direitos, deixando o acusado definitivamente de ser visto como objeto do processo.³⁹

Após a volta ao sistema acusatório e a formatação da doutrina moderna do processo, no qual as partes exercem iguais direitos processuais, ressalvadas pontuais peculiaridades do processo penal, sobreveio movimento de constitucionalização de um sistema processual, consagrando-se, tal como se vê nos tempos atuais, como direitos fundamentais, não apenas o princípio da dignidade humana, mas também as garantias processuais, como o contraditório, ampla defesa e igualdade das partes, dentre outras.

Nas palavras de Castanho de Carvalho, *“está assegurado constitucionalmente, pelo princípio da dignidade, um Direito Processual que confira ao acusado o direito de ser julgado de forma legal e justa, um direito a provar, contraprovar, alegar e defender-se de forma ampla, em processo público, com igualdade de tratamento em relação à outra parte da relação processual.”*

De outro lado, não é demais lembrar, segundo Aury Lopes Júnior, que *“é lugar comum na doutrina processual a classificação de sistema misto, com a afirmação de que os sistemas puros seriam modelos históricos, sem correspondente nos dias atuais”*⁴⁰. Conforme lição do ilustrado doutrinador, a referência de que tipos puros seriam históricos, bem como a separação das atividades de acusar e de julgar não são suficientes para classificação questionada⁴¹. Para o mencionado autor, *“ainda que todos os sistemas sejam mistos, não existe princípio fundante misto”*, devendo o misto *“ser visto como algo que, ainda que mesclado, na essência é inquisitório ou acusatório, a partir do princípio que informa o núcleo.”*⁴² Sustenta, também, o referido Professor, fazendo referência a ensinamentos de

39 CARVALHO, Luis Gustavo, Processo Penal..., p. 25.

40 LOPES JÚNIOR, Direito Processual..., pp. 69-70.

41 LOPES JÚNIOR, Direito Processual..., p. 70.

42 LOPES JÚNIOR, Direito Processual..., pp.74-5.

Jacinto Coutinho, “*que não há – nem pode haver – um princípio misto, o que, por evidente, desconfigura o dito sistema*”, podendo haver, no entanto, elementos de um sistema emprestado ao outro. “*Em outras palavras, o fato de um determinado processo consagrar a separação (inicial) de atividades, oralidade, publicidade, coisa julgada, livre convencimento motivado, etc., não lhe isenta de ser inquisitório. É o caso, como pensa o autor, do sistema brasileiro, “claramente inquisitório na sua essência, ainda que com alguns ‘acessórios’ que normalmente ajudam a vestir o sistema acusatório (mas que por si só não o transforma em acusatório)”*”.⁴³

Não se pode deixar de reconhecer a existência de recentes avanços na legislação processual brasileira, como na modificação da forma de inquirição de testemunhas traçada pela Lei 11.690/08, alterações no procedimento do Tribunal do Júri pela Lei 11.689/08, dentre as quais a extinção do recurso de ofício e a possibilidade do réu solto não comparecer à sessão de julgamento, aquela em consonância com o sistema acusatório e esta com o princípio do *nemo tenetur se detegere* (ressalvadas eventuais dificuldades de ordem prática para que isso não lhe traga prejuízo), bem como, no que importa ao presente estudo, a explicitação do não prejuízo pelo silêncio no interrogatório trazida pela Lei 10.792/03, ainda que contraditoriamente tenha sido mantida a redação do art. 198 do CPP.

O certo é que, ainda que se encontrem na legislação brasileira normas como o art. 156 do CPP⁴⁴, que autoriza o julgador a produzir provas de ofício, de cunho inquisitorial, ou, mesmo que se diga que o “*processo penal brasileiro seja inquisitório do início ao fim*”,⁴⁵, isso comporta severo combate mediante um adequado enfrentamento sob o enfoque da constitucionalidade das normas.

Nesse sentir, não é demais trazer à baila, também, preocupação de Salo de Carvalho, não apenas com legislações que afrontam garantias fundamentais, mas também

43 LOPES JÚNIOR, Direito Processual..., pp. 74-5.

44 Art. 156 do CPP – A prova da alegação incumbirá a quem a fizer; mas o juiz poderá, no curso da instrução ou antes de proferir sentença, determinar, de ofício, diligência para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

45 LOPES JÚNIOR, Direito Processual..., p. 77.

com práticas forenses que, de forma sutil, gradual e constante, “*flexibilizam regras formais que regulam o jogo processual.*”⁴⁶

Para melhor sentir a intensidade e profundidade da crítica feita pelo referido autor, pedimos licença para transcrever suas próprias palavras:⁴⁷

“A tradicional oposição – sistema acusatório (democrático) e o sistema inquisitório (autoritário) – pode produzir, no plano discursivo e das práticas cotidianas, máscaras que ocultam e permitem a reprodução das violências, notadamente quando se realizam reversibilidades ao enunciar a compatibilidade de estruturas processuais nitidamente autoritárias com a Constituição. O resultado é vivificar, na operatividade das agências persecutórias, o inquisitorialismo.

A opção em identificar os níveis de atuação dos sistemas em inquisitorialidades de alta e baixa intensidade possibilitaria desnudar suas reais formas de manifestação e otimizar ações neutralizadoras de redução de danos potenciais aos direitos fundamentais. Desde esta perspectiva, seria possível compreender o garantismo penal como discurso e como prática voltada para a instrumentalização do controle e a limitação dos poderes punitivos.

Se a biografia das práticas penais, apesar de sua sinuosidade, tem demonstrado que a regra do poder penal é o inquisitorialismo, imprescindível otimizar técnicas de blindagem dos direitos fundamentais como forma de densificar práticas garantistas. Do contrário, o discurso garantista representará variável insensata na estrutura das formas de poder, acidental cisão na história das violências, tornando o pensamento crítico herdeiro inocente, poesia dileitante e romântica de projeto imaginado, mas nunca usufruído.”

46 CARVALHO, Salo de, *Antimanual de Criminologia*, Editora Lúmen Júris, 2ª Edição, 2008, p. 77.

47 CARVALHO, Salo, *Antimanual...*, p. 78.

Consoante apregoa Luigi Ferrajoli, “é no interrogatório que se manifestam e se aferem as diferenças mais profundas entre o modelo inquisitivo e o método acusatório”, referindo, ainda, que “no processo inquisitório pré-moderno, o interrogatório do imputado representava ‘o início da guerra forense’, isto é, ‘o primeiro ataque’ do Ministério Público contra o réu de modo a obter dele, por qualquer meio, a confissão”.⁴⁸

No modelo garantista do processo acusatório, por sua vez, ao contrário, “informado pela presunção de inocência, o interrogatório é o principal meio defesa, tendo a única função de dar vida materialmente ao contraditório e de permitir ao imputado contestar a acusação ou apresentar argumentos para se justificar”.⁴⁹

Ainda de Ferrajoli, vale trazer:⁵⁰

“*Nemo tenetur se detegere* é a primeira máxima do garantismo processual acusatório, enunciada por Hobbes e recebida desde o século XVII no direito Inglês. Disso resultam, como corolários: a proibição daquela ‘tortura espiritual’, como chamou Pagano, que é o juramento do imputado; o ‘direito ao silêncio’, nas palavras de Filangieri, assim como a faculdade do imputado em responder o falso; a proibição não só de arrancar a confissão com violência, mas também de obtê-la mediante manipulação da psique, com drogas ou práticas hipnóticas, pelo respeito devido à pessoa do imputado e pela inviolabilidade de sua consciência; a conseqüente negação do papel decisivo da confissão, tanto pela refutação de qualquer prova legal como pelo caráter indisponível associado a situações penais; o direito do imputado à assistência e do mesmo modo à presença de seu defensor no interrogatório, de modo a impedir abusos ou ainda violações das garantias processuais.”

48 FERRAJOLI, Luigi, *Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal*, Editora Revista do Tribunais, 2ª Edição, 2006, p. 559.

49 FERRAJOLI, Luigi, *Direito...*, p. 560.

50 FERRAJOLI, Luigi, *Direito...*, p. 560.

Além de tais máximas, o interrogatório deve se subordinar a uma série de regras de lealdade processual, das quais decorrem, dentre outras situações, a vedação de perguntas tendenciosas, a proibição de lisonja ou pressão para que o imputado se arrependa ou colabore com a investigação, além da obrigação de se investigar as circunstâncias levantadas pelo réu, pois não se pode olvidar que em jogo a liberdade pessoal deste, só garantida se houver paridade de arma com a acusação.⁵¹

De outra banda, ao adequado enfrentamento do direito ao silêncio, não se pode deixar de tecer, ainda que de forma breve, algumas considerações sobre o princípio da presunção de inocência e sobre a questão do ônus da prova no processo penal, inclusive para reforçar o entendimento de que não pode ser valorado contra o acusado o exercício de um direito que lhe é constitucionalmente assegurado.

A denominação de presunção de inocência, segundo Valdir Szinck, não parece seja a melhor para definir e qualificar o princípio antes enfocado, pois, *“para boa parte da doutrina, se liga à prova e, em assim sendo, sofre as críticas dirigidas a toda a presunção”*⁵². Como bem situa o referido autor, presunção pressupõe a existência de um fato provavelmente verdadeiro, envolve questão de probabilidade, sendo que *“tem um papel de prova e nela também intervém”*, com implicações no ônus da prova. Não só quanto à questão de produção da prova tal princípio tem sua importância, mas também na sua valoração.⁵³

Presunção, segundo Bettiol, *“é aquele procedimento lógico e necessário para ligar entre si dois fatos através de uma regra de experiência fixada pelo legislador”*,⁵⁴ sendo que, nas palavras de Valdir Szinck, *“uma das características que a doutrina atribui à presunção é inversão da prova, dentro da teoria do ônus probatório, ou seja, quando estamos diante de uma presunção ocorre a imposição do ônus da prova para o adversário de quem tem a seu favor a presunção”*.⁵⁵

51 FERRAJOLI, Direito..., p. 560.

52 SZINCK, Valdir, Princípios..., p.291.

53 SZINCK, Valdir, Princípios..., pp.291-3.

54 Apud SZINCK, Valdir, Princípios..., p.294.

55 SZINCK, Valdir, Princípios..., p.294.

Não é demais situar que, em sentido técnico, as presunções, no direito processual, “*podem ser classificadas como presunções judiciais ou simples, (praesumptiones hominis) e presunções legais (praesumptiones iuris), sendo que estas, por sua vez, se distinguem em absolutas (iuris et de iure) e presunções relativas (iuris tantum)*”.⁵⁶

Nas presunções judiciais e nas presunções legais relativas, a partir de um fato conhecido e provado, por meio de uma atividade intelectual, o julgador conclui que ocorreu outro fato. O julgador, na presunção judicial, pode-se valer de uma regra universal, em que a existência do primeiro fato necessariamente implica na existência do segundo, ou em regra da experiência comum, quando não há esta relação de necessariedade, mas a conclusão decorre por decorrência de como normal ou frequentemente os fatos ocorrem. Na presunção legal relativa, a regra de experiência que conduz do fato conhecido ao ignorado decorre de previsão legal, sendo que neste é irrelevante eventual vício de raciocínio inferencial do julgador ao afastamento da presunção. Isso não significa que a alteração, não necessariamente inversão, que a presunção provoca na distribuição do ônus da prova, não possa ser afastada no feito, uma vez que a valoração da presunção, ainda que legal, pelo julgador, não é totalmente afastada, podendo ceder dependendo do conjunto probatório. Já as presunções legais absolutas, por sua vez, não dizem respeito ao direito processual, mas sim com o direito material, de modo que não tem relação direta com a matéria probatória. Nesta, o legislador prevê uma forma especial de reger uma situação na qual, diferentemente da presunção relativa, em que se dispensa a prova do fato, por ser este presumido, o próprio fato é que se torna irrelevante diante dos elementos legais exigidos para caracterização de determinada relação jurídica. Não significa, portanto, alteração de ônus probatório, mas comporta, por evidente, questionamento acerca da efetiva presença de elementos que condicionam os efeitos desejados pela norma.⁵⁷

A finalidade mais comum das presunções é a de facilitar a atividade probatória daquela parte que alega uma situação que normalmente ocorre, mas pode ocorrer também presunção cujo objetivo é favorecer um dos sujeitos da relação jurídica, ou,

56 BADARÓ, O ônus..., p. 262.

57 BADARÓ, O ônus..., pp. 263-271.

ainda, que se trate apenas de critério especial sobre ônus da prova, sem que haja favor legal, previamente fixados pelo legislador, para situação de provável dúvida do juiz.⁵⁸

Sobre indícios, considerando-se que a existência de divergência doutrinária acerca de sua identificação ou não com as presunções, vale situar que a linha distintiva é tênue. Indícios são fatos provados que permitem, por meio de um raciocínio indutivo-dedutivo, que se conclua pela existência de outro fato.⁵⁹ Como traço distintivo entre indício e presunções, Valdir Sznick refere que seria apenas quantitativo, no sentido de se conferir maior carga probatório em favor da presunção.⁶⁰ Como bem assinalado por Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró, em diversos dispositivos do Código de Processo Penal o legislador vale-se do termo indício com sentido diverso do previsto no art. 239 do referido diploma legal,⁶¹ tais como nos artigos que tratam da pronúncia e impronúncia, da prisão preventiva, do seqüestro de bens e da hipoteca legal.⁶²

Parte da doutrina, fazendo distinção entre presunção de inocência e de não-culpabilidade, entende que não se poderia presumir a inocência de quem tiver contra si instaurada ação penal, pois isso pressupõe a existência de suporte mínimo, sendo que *“o que se poderia presumir é sua não-culpabilidade, até que assim seja declarado judicialmente”*.⁶³ Ainda que os termos do art. 5º, LVII, da Constituição Federal sejam o de que *“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”*, não há qualquer diferença entre presunção de inocência e presunção de culpabilidade, sendo descabido que questão de semântica do termo técnico presunção possa limitar princípio constitucional que é, nas palavras de Girolano Bellavista, *“uma regra-chave do processo penal”*.⁶⁴

Sobre tal distinção, bem observa Gustavo Badaró que é inútil do ponto de vista processual, asseverando que, *“na verdade, buscar uma diferenciação apenas serve para*

58 BADARÓ, O ônus..., pp. 273-276.

59 BADARÓ, O ônus..., pp. 273-276.

60 SZINCK, Valdir, Princípios..., p.297.

61 CPP, art. 239 - "Considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir a existência de outra circunstância."

62 CPP – artigos 312, 408, 409, 126 e 134.

63 CARVALHO, Luis Gustavo, Processo Penal..., p. 156.

64 Apud CARVALHO, Luis Gustavo, Processo Penal..., pp. 156-7.

demonstrar posturas reacionárias e um esforço vão de retorno a um processo penal voltado exclusivamente para a defesa social, que não pode ser admitido em um Estado Democrático de Direito".⁶⁵ Para o ilustrado Professor, a presunção de inocência é garantia política do cidadão, "reconhecida, atualmente, como componente basilar de um modelo processual penal que queira ser respeitador da dignidade e dos direitos essenciais da pessoa humana".⁶⁶ Segundo ressalta, "não se pode imaginar um Estado de Direito que não adote um processo penal acusatório e, como seu consectário, o *in dubio pro reo*".⁶⁷

Sustentando que a presunção de inocência pode ser sintetizada na expressão dever de tratamento, Aury Lopes Júnior acrescenta que esse dever atua em duas dimensões, interna e externa ao processo, asseverando:⁶⁸

"Dentro do processo, a presunção de inocência implica em dever de tratamento por parte do juiz e do acusador, que deverão efetivamente tratar o réu como um inocente, não (ab)usando das medidas cautelares e, principalmente, não olvidando que a partir dela, se atribui a carga da prova integralmente ao acusador (em decorrência do dever de tratar o réu como inocente, logo, a presunção deve ser derrubada pelo acusador). Na dimensão externa ao processo, a presunção de inocência impõe limites à publicidade abusiva e a estigmatização do acusado (diante do dever de tratá-lo como inocente)"

A presunção de inocência, sob o aspecto probatório - que aqui é o que importa -, é regra de julgamento a ser adotada pelo julgador quando houver dúvida sobre fatos que fundamentem a pretensão punitiva, sendo que o *in dubio pro reo* liga-se ao ônus objetivo probatório. A presunção de inocência, portanto, não é presunção em sentido técnico, que importe em inversão do ônus da prova, mas técnica de julgamento ao processo

65 BADARÓ, O ônus..., p. 283.

66 BADARÓ, O ônus..., p. 283-4.

67 BADARÓ, O ônus..., p. 283.

68 LOPES JÚNIOR, Direito Processual..., p.518.

penal condenatório, que estabelece o critério a ser seguido pelo julgador quando houver dúvida sobre fato relevante à solução do litígio.⁶⁹

Importante alerta é encontrado na doutrina, no sentido de que, “*diversamente do que ocorre no processo civil, não há verdadeira repartição do ônus da prova,*”⁷⁰ no entanto, quase que diariamente, percebe-se, na prática forense, indevida distribuição de ônus probatórios no processo penal, de maneira que “*não raras são as sentenças condenatórias fundamentadas na falta de provas da ‘tese defensiva’, como se o réu tivesse que provar sua versão de negativa de autoria ou da presença de uma excludente.*”⁷¹

O critério da adoção da presunção de inocência, como regra de julgamento, identificada com o *in dubio pro reo*, cumpre destacar, é diverso de critérios lógicos adotados no Processo Civil, de probabilidade, normalidade e simples expediente técnico, visto que, no Processo Penal, nota-se uma nítida conotação política na opção do legislador, estando a presunção de inocência fundamentada em um *favor legis* em relação a uma das partes, valendo lembrar que “*não havendo certeza, mas dúvida sobre os fatos, inegavelmente é preferível a absolvição de um culpado à condenação de um inocente*”.⁷²

E não se diga, com base em falsa premissa, que também no processo penal caberia ao autor produzir prova apenas de fato constitutivo do direito alegado, e ao réu de fato impeditivo, modificativo ou extintivo, pois tal distribuição de ônus probatório não prevalece naquele, estando a carga probatória inteiramente nas mãos do acusador, não apenas porque a primeira acusação é feita na peça acusatória, mas igualmente porque o réu é beneficiário da presunção de inocência.⁷³

Aliás, contundente, porém acertada, é a crítica de Aury Lopes Júnior, afirmando que “*erro crasso pode ser percebido quase que diariamente nos foros brasileiros:*

69 BADARÓ, O ônus..., pp. 294-5.

70 BADARÓ, O ônus..., p. 295.

71 LOPES JÚNIOR, Direito Processual..., p. 519.

72 BADARÓ, O ônus..., p. 299.

73 LOPES JÚNIOR, Direito Processual..., p. 519.

sentenças e acórdãos fazendo uma absurda distribuição de cargas no processo penal, tratando a questão da mesma forma que no processo civil.”⁷⁴

Nesse mesmo sentido, Ferrajoli ensina:⁷⁵

“Ao contrário, a verdade perseguida pelo método acusatório, sendo concebida como relativa ou formal, é adquirida, como qualquer pesquisa empírica, através do procedimento prova e erro. A principal garantia da consecução é conseqüentemente confiada à máxima exposição das hipóteses acusatórias à falsificação pela defesa, isto é, ao livre desenvolvimento do conflito entre as duas partes do processo, portadoras de pontos de vista contrastantes exatamente porque titulares de interesses opostos. No conflito, ademais, o primeiro movimento compete à acusação. Sendo a inocência assistida pelo postulado de sua presunção até prova contrária que deve ser fornecida por quem a nega formulando a acusação. Daí o corolário do ônus acusatório da prova expresso no axioma A9 *nulla accusatio sine probatione.*”

Assim, como mera decorrência natural do processo no sistema acusatório, cabe primeiro ao acusador provar suas alegações, sendo indiferente não somente o silêncio do acusado, mas também a falta de provas das suas alegações e inclusive eventuais contradições e mentiras nelas verificadas, pois, se nem a confissão permitiria a dispensa de provas à prolação de uma sentença condenatória, as mencionadas situações não modificariam o ônus probatório de quem acusa, de afastar a presunção de inocência do réu.

4. AMPLITUDE DO DIREITO E CONSEQUENCIAS DA VIOLAÇÃO

Embora a Constituição Federal, quando trata explicitamente do direito ao silêncio, no art. 5º, LXIII,⁷⁶ faça referência ao preso como titular da enfocada garantia, em

74 LOPES JÚNIOR, Direito Processual..., p. 519.

75 FERRAJOLI, Direito..., p. 562.

realidade, sendo esta decorrência do princípio *nemo tenetur se detegere*, aplica-se a todos aqueles que possam auto-incriminar-se por meios de declarações prestadas perante autoridade. E não apenas o indiciado ou acusado, mas também o averiguado ou suspeito fazem *jus* ao direito de silenciar. O direito ao silêncio se estende também a testemunhas, ainda que compromissadas de dizer a verdade, mas, nesta hipótese, somente incide sobre perguntas cujas respostas possam importar em auto-incriminação.⁷⁷

O reconhecimento do direito ao silêncio para o suspeito e até testemunhas, segundo Maria Elizabeth Queijo, tem grande relevância na tutela do princípio de que ninguém pode ser obrigado a produzir provas contra si, pois, do contrário, bastaria tomar o depoimento do suspeito com testemunha para afastá-lo. Por tal motivo, a referida autora entende que, tal como ocorre no ordenamento italiano, é essencial a antecipação da tutela do princípio em exame, sem o que sua *“tutela seria incompleta se somente se reconhecesse a incidência do ‘nemo tenetur se detegere’ no interrogatório do indiciado ou do acusado, já na pendência de inquérito ou processo.”*⁷⁸

De outra banda, razão não haveria, também, para se distinguir entre o acusado preso e aquele que se encontra em liberdade, ainda que se reconheça a situação de maior vulnerabilidade daquele, inclusive porque os dispositivos do Pacto Internacional de Direito Civil e Político e da Convenção Americana de Direito Humanos, incorporadas ao direito pátrio, quando tratam do assunto, não fazem qualquer distinção, no tocante à sua aplicação, entre acusado preso e solto.⁷⁹

Cabe lembrar, ainda, que a doutrina entende também aplicável à pessoa jurídica acusada criminalmente todas as garantias processuais, inclusive a de não produzir provas contra si mesma, sendo que Ada Pellegrini Grinover sustenta a aplicação analógica, quanto ao preposto, das regras da CLT.⁸⁰

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

77 QUEIJO, Ob. Cit., p. 197-9.

78 QUEIJO, O ônus de não produzir..., p. 198.

79 QUEIJO, O ônus de não produzir..., p. 198-9.

80 Apud QUEIJO, O ônus de não produzir..., pp. 199-200.

Para que o princípio em exame seja efetivamente tutelado, *“mister se reconheça o direito ao silêncio em todas as fases procedimentais nas quais o acusado for interrogado.”*⁸¹ Ainda que o acusado tenha respondido às indagações em alguma fase procedimental, isso não afasta seja exercido pelo acusado em todos os demais interrogatório, aplicando-se o direito ao silêncio não apenas nos interrogatórios policiais e judiciais, mas também nos procedidos perante as Comissões Parlamentares de Inquérito, bem como sindicâncias e processos administrativos de quaisquer dos Poderes de Estado, ainda que o expediente não envolva matéria penal.⁸²

Manuel da Costa Andrade assinala que, *“enquanto emanção normativa da dignidade e do livre desenvolvimento da personalidade, o princípio do ‘nemo tenetur’ não comporta graduações, em função das sucessivas fases do processo ou da intervenção em diferentes instâncias formais.”*⁸³ Maria Elizabeth Queijo, ao situar a discussão entre a prevalência do interesse social na eficiência da persecução penal e do mito da verdade material sobre a tutela da dignidade e liberdade do indivíduo, esclarece que *“trata-se, em resumo, da escolha do legislador entre um processo ético, ditados por regras de respeito à pessoa e repulsa às arbitrariedades estatais, e um processo que busca a verdade a qualquer custo, inserido no modelo inquisitorial.”*⁸⁴

Outra questão, em face da existência de duas fases distintas no interrogatório, a de qualificação e a de mérito, diz respeito a se o direito ao silêncio abrange ambas as fases. Não é pacífico, mas predomina o entendimento de que o direito ao silêncio tem lugar somente no interrogatório de mérito, devendo o acusado responder as perguntas formuladas relativas à sua qualificação, sob pena de responder por crime de desobediência ou, em caso de mentira, de falsa identidade. Isso, no entanto, por vezes, pode dar ensejo à auto-incriminação. Sustenta-se que a não incidência do direito ao silêncio quanto à qualificação não deve, porém, envolver as indagações referentes a antecedentes e condenações anteriores. Há quem defenda, também, que o acusado pode silenciar quanto a

81 QUEIJO, O ônus de não produzir..., p. 194.

82 QUEIJO, O ônus de não produzir..., pp. 194-7.

83 QUEIJO, O ônus de não produzir..., p. 195.

84 QUEIJO, O ônus de não produzir..., p. 196.

seus dados, mas não falseá-los.⁸⁵ Adalto Dias Tristão assinala que, em caso de auto-acusação falsa, o acusado estaria sujeito às penas do art. 342 do CP e, se falsear sua identidade, estará sujeito às penas do art. 68 da LCP e art. 307 do CP.⁸⁶ Entendemos, no entanto, que deve ser ampla a incidência do direito ao silêncio, inclusive quanto aos questionamentos acerca da qualificação do acusado. Observe-se que o próprio Código de Processo Penal estabelece, em seu art. 6º, VIII, que a autoridade policial deverá “ordenar a identificação do acusado, pelo processo papiloscópico, se possível, e fazer a juntar aos autos sua folha de antecedentes.” Não se pode olvidar, nesse particular, que, após a Constituição Federal de 1988, em face do disposto no seu art. 5º, LVIII, regulamentado pela Lei 12.037/09, tal identificação somente poderá ocorrer nas hipóteses legais, como se vê de seu art. 3º.⁸⁷ Na jurisprudência, aliás, há diversos julgados que dão guarida à incidência do *nemo tenetur se detegere* na hipótese do acusado se identificar falsamente na ocasião de sua prisão, como se vê:

“Falsa identidade perante autoridade policial (art. 307 do Cód. Penal). Atipicidade da conduta (caso). Matéria pacificada no Superior Tribunal de Justiça (precedentes). Agravo regimental (desprovido)” (AgRg no HC 103868/SP -2008/070074997-0, 6ª Turma, Rel. Min. Nilson Naves, julgado em 06.10.2009, DJU 16.11.2009)

“EMENTA: FALSA IDENTIDADE. O agente que, preso em flagrante, identifica-se falsamente não comete o crime previsto no art. 307 do CP, pois age em autodefesa, o que torna atípica a conduta. Absolvição decretada.” (Apelação Crime Nº 70032517872, Quarta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Constantino Lisbôa de Azevedo, Julgado em 26/11/2009, Diário da Justiça de 30.12.09)

85 QUEIJO, O ônus de não produzir..., pp. 200-2.

86 TRISTÃO, Adalto Dias, O Interrogatório como Meio de Defesa, Editora Lumen Juris, 2009, p. 82.

87 Art. 3º Embora apresentado documento de identificação, poderá ocorrer identificação criminal quando: I – o documento apresentar rasura ou tiver indício de falsificação; II – o documento apresentado for insuficiente para identificar cabalmente o indiciado; III – o indiciado portar documentos de identidade distintos, com informações conflitantes entre si; IV – a identificação criminal for essencial às investigações policiais, segundo despacho da autoridade judiciária competente, que decidirá de ofício ou mediante representação da autoridade policial, do Ministério Público ou da defesa; V – constar de registros policiais o uso de outros nomes ou diferentes qualificações; VI – o estado de conservação ou a distância temporal ou da localidade da expedição do documento apresentado impossibilite a completa identificação dos caracteres essenciais.

“TACRSP: O acusado que informa falsamente a autoridade policial ou judiciária sobre sua identidade, no interrogatório, mirando obter vantagem em proveito próprio, não comete qualquer crime. A fé pública, que é a confiança pública atribuída pela lei a certas pessoas e coisas, é o bem jurídico tutelado nos ‘*crimina falsi*’ e o acusado não tem o dever de dizer a verdade, em decorrência do princípio universal ‘*nemo tenetur se detegere*’.” (RT 532/414)

Maria Elizabeth Queijo, por sua vez, sustenta:⁸⁸

“De lege ferenda, o interrogatório deveria ser desdobrado em dois atos distintos: a identificação e o interrogatório de mérito. Na fase inquisitorial, cabível seria a condução coercitiva para a identificação, mas o acusado somente seria interrogado sobre o fato se assim desejasse e desde que presente o defensor.

Na fase judicial, o interrogatório somente seria realizado mediante requerimento da defesa.”

Não é demais lembrar que, em nosso ordenamento jurídico, no Código Eleitoral, até as alterações trazidas pela Lei 10.732/03, o interrogatório era inexistente. A falta de previsão do interrogatório pela Lei 4737/67, para muitos, era decorrência do regime militar. Era discutida a constitucionalidade desta lei, alguns sustentando que violava o devido processo legal, enquanto outros que não havia tal violação, dada a previsão de defesa por escrito.⁸⁹ Na Lei 5.250/67, de Imprensa, no art. 45, III, recentemente declarada inconstitucional pela STF, na ADPF 130/DF, julgamento em 30.04.09, também há previsão de interrogatório facultativo, no inciso III de seu art. 45. Para Tristão, a despeito da enfocada decisão do STF, tal dispositivo permanece com plena eficácia.⁹⁰ Observa-se, no entanto, que restou declarada a não recepção pela CF todo o conjunto de dispositivos da referida Lei na ADPF acima referida.

88 QUEIJO, Ob. Cit., p. 239

89 TRISTÃO, Adalto Dias, O Interrogatório..., pp. 149-50.

90 TRISTÃO, O Interrogatório..., p. 153-4.

Questão que também merece atenção da doutrina diz respeito à obrigatoriedade ou não do comparecimento ao interrogatório.

Antônio Scarance Fernandes, ressalvando que há entendimento de que o juiz pode determinar a condução, por força do disposto no art. 260 do CPP,⁹¹ sustenta a impossibilidade do indiciado ou acusado ser conduzido, “por ser o interrogatório ato de defesa renunciável”.⁹² Observe-se que, nas alterações trazidas pela Lei 11689/08, foi mantida a redação do antes enfocado dispositivo legal, mas facultado o não comparecimento na hipótese de julgamento pelo Tribunal do Júri, como se infere da atual redação do art. 457 do CPP.⁹³

Também se discute se o acusado tem direito ao silêncio com relação a perguntas que objetivem a apuração da responsabilidade de terceiros, sendo que Vittorio Grevi sustenta que, como a proteção é relativa a fato próprio, não deveria incidir nestas hipóteses, no que deveria o acusado ser equiparado à testemunha, com o consequente dever de falar a verdade.⁹⁴

No entanto, como observado por Guglielmo Sabatini, “em muitas situações, é praticamente impossível declarar sobre a responsabilidade de terceiros com relação ao fato, sem que essa narrativa venha influenciar a própria situação do acusado, comprometendo-o.”⁹⁵

Indaga-se, igualmente, se, após manifestar o interesse de responder as perguntas, o interrogado pode exercer o direito ao silêncio. Deve ser afirmativa, segundo posição mais consentânea com o princípio do *nenō tenetur se detegere*, a resposta, pois somente no momento em que se conhece o questionamento é que se pode avaliar se sua

91 CPP, art. 260 - se o acusado não atender à intimação para o interrogatório, reconhecimento ou qualquer outro ato que, sem ele, não possa ser realizado, a autoridade poderá conduzi-lo à sua presença.

92 FERNANDES, Antônio Scarance, *Processo Penal Constitucional*, Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 264.

93 CPP, art. 457 – O julgamento não será adiado pelo não comparecimento do acusado solto, do assistente ou do advogado do querelante, que tiver sido regularmente intimado.

94 Apud QUELJO, O ônus de não produzir..., p. 203.

95 Apud QUELJO, O ônus de não produzir..., pp. 203-4.

resposta pode apresentar risco de auto-incriminação. O exercício do direito ao silêncio, portanto, deve ser livre, para todas ou mesmo a apenas algumas perguntas.⁹⁶

No tocante a consequências do exercício do direito ao silêncio, prevalece o entendimento de que nenhuma pode ser extraída, sob pena de comprometimento da essência desse direito. O silêncio do acusado não pode ser valorado, não significando falta de argumentos defensivos, mas apenas ausência de resposta, que pode decorrer muitas vezes de estratégia de defesa, fundada no princípio da presunção de inocência. Não pode sequer servir, a despeito do disposto no art. 198 do CPP, de elemento para a formação do convencimento do julgador.⁹⁷

A Constituição Federal de 1988 já havia “*revogado*” as disposições encontradas na parte final dos artigos 186 e 198 do CPP, como referido por Nucci,⁹⁸ sendo que, com o advento da Lei 10792/03, o esclarecimento de que o silêncio não importará em prejuízo à defesa foi incluído naquele dispositivo legal. A respeito do art. 198 do CPP, cuja redação não sofreu alteração, “*deve ser lido à luz do direito constitucional de silêncio e em conformidade com a estrutura do devido processo.*”⁹⁹

Não podemos concordar com o posicionamento trazido de João Cláudio Couceiro, de que o direito ao silêncio seria norma constitucional de eficácia contida, não havendo óbice à autorização do legislador, remanescente no art. 198 do CPP, para que o juiz interpretasse livremente o uso do direito ao silêncio pelo acusado, mesmo se vedada condenação exclusivamente com base neste¹⁰⁰. Castanho de Carvalho, por sua vez, pondera que só o silêncio não pode nunca gerar uma condenação penal, pois nem o interrogatório, por si só, poderia, a teor do art. 197 do CPP, mas também admite que o silêncio do réu possa constituir de elemento de convicção do julgador.¹⁰¹

96 QUEIJO, O ônus de não produzir..., pp. 204-5

97 QUEIJO, O ônus de não produzir..., pp. 217-9.

98 NUCCI, O ônus de não produzir..., pp. 168-9.

99 LOPES JÚNIOR, Direito Processual..., p. 610.

100 COUCEIRO, A garantia Constitucional..., pp. 178-183.

101 CARVALHO, Luiz Gustavo, Processo Penal..., p. 178.

Ainda que se considere de eficácia contida a norma que alberga o direito ao silêncio, ou mesmo que seja concebido como de eficácia limitada o art. 5º, LXIII, da CF, como referido por Alexandre de Moraes,¹⁰² isso não altera a conclusão, seja procedendo-se o enfrentamento da validade da mencionada norma restritiva de direito fundamental ou mesmo mediante possível ponderação de princípios conflitantes, de que nenhuma consequência pode ser extraída do exercício do direito ao silêncio, sob pena de afetação de núcleo essencial do examinado direito fundamental.

Nesse sentir, vem bem a calhar brilhante e aprofundado estudo de Luiz Fernando Calil de Freitas, acerca de limites e restrições a direitos fundamentais, sendo oportuno transcrever:¹⁰³

“legítimas serão as afetações desvantajosas aos direitos fundamentais se e quando decorrentes de limitações fundamentadas em limites imanentes, ou, ainda, quando se constituírem em restrições apostas com a observância ao princípio da reserva de lei restritiva, e, ainda assim, estabelecida a restrição em lei clara, geral e abstrata, voltada a produção de efeitos a partir de sua vigência para o futuro, e, ainda assim, desde que não ofendam ao núcleo essencial do direito fundamental. Demais disso, a restrição será constitucionalmente adequada desde que observado o princípio da proporcionalidade em sua integralidade, é dizer, com o emprego do meio apto a fomentar o resultado pretendido, como o emprego do meio estritamente necessário e, ademais, com utilização de meio cujo emprego, no exame da relação custo-benefício, produza um resultado positivo constitucionalmente mais relevante que o prejuízo dele decorrente.”

Apenas para argumentar, ainda que se admita que a opção do legislador infraconstitucional tenha sido efetivamente de restringir o direito ao silêncio ao manter a redação do art. 198 do CPP, dentro de uma, segundo Aury Lopes Júnior, “*dimensão*

102 MORAES, Alexandre de, Direito Constitucional, 22ª Edição, Editora Atlas, 2007, p. 39.

103 FREITAS, Luiz Fernando Calil de, Direitos Fundamentais – limites e restrições, Editora Livraria do Advogado, 2007, p. 228.

reducionista público/privado”, na qual recorrente a ideia maniqueísta de prevalência do interesse público em relação ao privado, como se não tivessem obviamente natureza pública os direitos fundamentais,¹⁰⁴ é oportuno destacar, da lição de Luciano Feldens, que “os direitos fundamentais se notabilizam pela resistência que oferecem ao legislador, o que garante que seus titulares, notadamente naquilo que constitui seu núcleo essencial, uma zona imune a intervenções dos poderes públicos.”¹⁰⁵

Castanho de Carvalho, sobre a ponderação de bens no processo penal, assevera:¹⁰⁶

“Evidentemente que, se a técnica da ponderação é destinada a resolver a colisão entre princípios, seu limite é a existência de regras jurídicas que concretizem aqueles princípios. Se tais regras se mostram constitucionais, são elas que devem ser aplicadas á situação fática concreta e, não, a ponderação entre princípios, conforme preceitua a doutrina constitucional. As regras, portanto, sejam constitucionais ou infraconstitucionais – desde que constitucionais – se prestam exatamente para balizar a colisão entre princípios, a categorizar em que medida um dado princípio deve ceder diante de outro em uma determinada situação fática. São, assim, regras limitativas do campo de colisão, como, por exemplo, as provas legais negativas, que limitam o princípio do livre convencimento.”

Admitir-se que o silêncio possa ser valorado em desfavor do acusado compromete a própria essência do direito, sendo o mesmo que reconhecer sua inexistência,¹⁰⁷ pois, como assinalado por Guilherme de Souza Nucci, o qual já considerava “revogadas” as partes finais dos artigos 186 e 198 do CPP antes das alterações trazidas pela Lei 10.792/03, “dizer que o silêncio do acusado pode auxiliar na formação do convencimento do magistrado é o mesmo que não lhe dar a possibilidade de ficar calado, pois ninguém se

104 AURY, Direito Processual..., pp. 11-5.

105 FELDENS, Luciano, Direitos Fundamentais e Direito Penal, Editora Livraria do Advogado, 2008, p.57.

106 CARVALHO, Luiz Gustavo, Processo Penal..., p. 15.

107 QUEIJO, O ônus de não produzir..., p. 219.

arriscaria a provocar no julgador um sentimento contrário à sua posição no processo, ‘in limini’.”, pois, arremata o referido autor, *“ninguém seria ousado a esse ponto, sabendo que o juiz levará em conta o silêncio, logicamente, em prejuízo da defesa.”*¹⁰⁸

Não se pode olvidar, de qualquer sorte, como bem adverte José Frederico Marques, que *“o livre convencimento que hoje se adota no Direito Processual não se confunde com o julgamento por convicção íntima, uma vez que o livre convencimento lógico e motivado é o único aceito pelo moderno processo penal,”*¹⁰⁹ sendo que o dever de motivação das decisões judiciais, traçado no art. 93, IX, da Constituição Federal, *“apresenta-se como importante garantia para o controle da valoração do silêncio do acusado.”*¹¹⁰

No Tribunal do Júri, onde são imotivadas as decisões do Conselho de Sentença, mais difícil é o exercício do controle sobre eventual consideração do direito ao silêncio, ainda que deva o Juiz Presidente advertir aos Jurados sobre a impossibilidade de valorá-lo.¹¹¹

Como única consequência admissível do exercício do direito ao silêncio, Maria Elizabeth Queijo assinala que seria a de o acusado deixar de declinar elementos a seu favor, podendo isso, independentemente de qualquer valoração, prejudicar sua defesa, no todo, como ocorre nas situações que comportem a indicação de um álibi, extraindo-se, assim, a necessidade inarredável de atuação da defesa técnica, até *“para que a opção pelo silêncio não retrate apenas um direito, mas se transforme em eficiente estratégia defensiva.”*¹¹²

Há quem sustente que o silêncio do acusado, dependendo dos motivos que o levaram a silenciar, pode ser levado em conta pelo julgador na análise das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal,¹¹³ o que, a nosso ver, não merece guarida, sendo acertado o entendimento de Elizabeth Queijo nos sentido de que *“a mentira e a reticência não podem ser considerados indícios de culpabilidade, conduzir ao agravamento da pena e*

108 NUCCI, Guilherme de Souza, O Valor da Confissão, Editora Revista dos Tribunais, 2ª Edição, 1999, p. 169.

109 MARQUES, José Frederico, Elementos de Processo Penal, Editora Bookseller, 1997, vol II, p. 278.

110 QUEIJO, O ônus de não produzir..., p. 219.

111 QUEIJO, O ônus de não produzir..., pp. 219-20.

112 QUEIJO, O ônus de não produzir..., p. 221.

113 COUCEIRO, A garantia Constitucional..., p. 184.

tampouco servir de parâmetro para a avaliação da personalidade e conduta social do acusado, para fins de fixação da pena.” ¹¹⁴ Não é demais situar, por oportuno, que há jurisprudência vedando a valoração de tais vetores, valendo transcrever as seguintes ementas:

EMENTA: Roubo majorado. Condenação: imperativa quando a prova convence da autoria delitiva, embora negada pelo acusado. Personalidade: não pode vir em desfavor do acusado na dosimetria da pena (agressão ao princípio da proteção da intimidade). Deram parcial provimento ao apelo. Unânime. (Apelação Crime Nº 70033603291, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Amilton Bueno de Carvalho, Julgado em 13/01/2010)

EMENTA: ROUBO MAJORADO. VERSOES DEFENSIVAS CONTRADITÓRIAS. PALAVRA DE VÍTIMA E TESTEMUNHAS. VALOR PREPONDERANTE. CONDENAÇÕES AUTORIZADAS. CIRCUNSTÂNCIAS DO ART. 59, DO CP: PERSONALIDADE, CONDUTA SOCIAL E ANTECEDENTES NÃO SÃO VALORÁVEIS. MENORIDADE: ATENUANTE PODE DEIXAR A PENA AQUEM DO MÍNIMO. MAJORANTE DO USO DE ARMA: DISPAROS COMPROVADOS PELA PALAVRA DAS VÍTIMAS SUPREM NECESSIDADE DE PERÍCIA. MULTA: NÃO SE PODE EXCLUIR MULTA PORQUE SE TRATA DE PENA. Deram parcial provimento aos apelos defensivos e negaram provimento ao apelo acusatório (unânime). (Apelação Crime Nº 70019248707, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Amilton Bueno de Carvalho, Julgado em 22/08/2007)

De outra banda, não tem sentido o interrogatório para coagir, ainda que moralmente, o acusado, a fim de obter confissão ou contradições deste, pois isso se afasta, conforme nos ensina Luígi Ferrajoli, de seu legítimo propósito:

¹¹⁴ QUEIJO, O ônus de não produzir..., p. 236.

“O interrogatório, em uma visão não inquisitória de processo, não é uma necessidade da acusação, mas um direito de defesa, que deve servir não para formar prova da culpabilidade mas só para contestar a imputação e para permitir a defesa do acusado. Sua coercitividade é não só um escopo desnecessário, mas um propósito francamente ilegítimo, cuja realização ‘para arrancar a confissão do réu’ – nas palavras de FRANCESCO CARRARA – mostra ‘não estar morta a semente daqueles que secretamente lamentam a abolição da tortura, já que a masmorra, utilizada no sentido como acima se ensina, não é outra coisa que não a tortura disfarçada.”¹¹⁵

A tortura, como já referido, seja física ou psíquica, também não pode ser admitida no Estado Democrático de Direito, consistindo verdadeira afronta à dignidade da pessoa humana. Certos métodos de interrogatório, “realizados durante longo espaço de tempo, sem intervalos, à noite, conduz o acusado à falta de serenidade para posicionar-se diante das perguntas formuladas, não deixando de caracterizar tais expedientes tortura ou, quando menos, tratamento desumano.”¹¹⁶

Além disso, a fim de que não seja violado o princípio *nemo tenetur se detegere*, as perguntas formuladas, segundo Eugênio Florian, “não deverão ser obscuras, capciosas, sugestivas”.¹¹⁷ Bento de Faria, por sua vez, ressalta que o interrogatório deve ser conduzido com lealdade e clareza, sem que se transforme em meio de enganar o acusado ou armar-lhe ciladas, e “assevera que não deve o juiz sequer trata o acusado de forma ríspida, para não intimidá-lo.”¹¹⁸

Sobre a consignação das perguntas e das razões pelas quais o acusado exerceu o direito ao silêncio, embora prevista no art. 191 do CPP, por se poder extrair daquelas, de maneira incompatível com o princípio do *nemo tenetur se detegere*, elementos de valoração, não devem ser consignadas, nem tampouco, com maior razão, as motivações

115 FERRAJOLI, Luigi, Direito..., pp. 512-13.

116 QUEIJO, O ônus de não produzir..., pp. 225-6.

117 Apud QUEIJO, O ônus de não produzir..., p. 222.

118 Apud QUEIJO, O ônus de não produzir..., p. 224.

pelas quais as perguntas não foram respondidas, sob pena de esvaziamento do mencionado princípio.¹¹⁹ Há quem entenda, porém, que as perguntas somente serão consignadas se houver respostas, mas “*se o acusado, desde logo invocar o direito ao silêncio, não deve o magistrado fazer perguntas, como uma forma de pressão, como se sua negativa fosse algum ato proibido.*”¹²⁰

Não se pode deixar de abordar, ainda, por relevante, a necessidade de advertência ao acusado relativamente ao seu direito de silenciar, bem como a extensão deste direito, pois não basta que o ordenamento tutele direitos ou garantias sem criar mecanismos para assegurar sua efetividade. A presença de defensor não desobriga que a autoridade interrogante proceda, antes de tomadas declarações, em qualquer fase processual, advertência sobre o direito ao silêncio, incluída a observação de que não lhe trará prejuízos, sendo inadmissíveis outras referências que possam estimular ou desestimular o acusado a exercê-lo.¹²¹

Não há consenso na jurisprudência acerca dos efeitos da inobservância de formalidades ao interrogatório, que importa, para alguns, em nulidade absoluta, enquanto que, para outros, apenas nulidade relativa.

Valdir Sznick menciona, *in* Princípio da Constituição, decisão do Tribunal de Alçada Criminal, assim ementada:¹²²

“Pior do que deixar de informar o acusado sobre o direito de permanecer em silêncio, é advertir-lhe que restar calado poderia danar-lhe o direito a defesa. O direito ao silêncio (art. 5º, LXIII, da CF), no sistema legislativo, passou a integrar a ampla defesa, sendo causa de nulidade absoluta tal advertência feita no interrogatório. RT 725/604)”

119 QUEIJO, O ônus de não produzir..., p. 216.

120 SZNICK, Princípios de Defesa..., p. 163.

121 QUEIJO, O ônus de não produzir..., pp. 205-7.

122 SZNICK, Princípios de defesa..., pp. 164-5.

O Superior Tribunal de Justiça, por sua vez, em algumas decisões, vem reconhecendo como relativa tal nulidade, como se vê:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. ADVERTÊNCIA POR PARTE DO MAGISTRADO DO TEOR DO ART. 186 DO CPP. NULIDADE RELATIVA. PRECLUSÃO. INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO.

1. A falta de aviso quanto à possibilidade de silêncio do réu no seu interrogatório em juízo constitui nulidade relativa, devendo ser argüida no momento com a demonstração do efetivo prejuízo. A defesa não questionou a suposta nulidade na defesa prévia ou nas alegações finais, tornando-se preclusa a questão ora suscitada, nos termos do art. 571, inciso II, do CPP.

2. Outrossim não restou demonstrado nenhum prejuízo pela advertência, por parte do magistrado de primeiro grau, acerca do teor do art. 186 do Código de Processo Penal. Logo, pela aplicação do art. 563 do CPP, que consagra na lei processual pátria o princípio *pas de nullité sans grief*, não há como declarar a nulidade de tal ato.

3. Recurso desprovido.

(RHC 16328/SP – 2004/0097245-4, Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 16.11.2004, DJ de 17.12.2004, p. 583)

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. ART. 121, § 2º, INCISO IV, C/C ART. 14, INCISO II, TODOS DO CÓDIGO PENAL. ALEGAÇÃO DE FALTA DE ADVERTÊNCIA AO PACIENTE QUANTO AO DIREITO AO SILÊNCIO. NULIDADE DO PROCESSO. NÃO DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO SOFRIDO. REGIME SEMI-ABERTO. DIREITO DE APELAR EM LIBERDADE.

I – Não há que se falar em nulidade do processo por falta de aviso ao réu do direito ao silêncio no ato do interrogatório judicial, se não se observa a comprovação do efetivo prejuízo para a defesa, ainda mais estando o réu acompanhado de seu advogado, que deteve-se em silêncio no momento da alegada omissão.

II - Segundo o princípio *pas de nullité sans grief*, evidenciado no art. 563 do CPP, não há que se falar em declaração de nulidade se não estiver concretamente demonstrado o prejuízo (Precedentes).

III - Se na r. sentença condenatória foi fixado o regime semi-aberto como o inicial de cumprimento da pena, deverá, em princípio, o réu aguardar o julgamento do recurso de apelação em liberdade, se por outro motivo não estiver preso (Precedentes).

Ordem parcialmente concedida.

(STJ - HC 66298/PE – 2006/0200608-9, Quinta Turma, Rel. Min. Félix Fischer, julgado em 04.09.2007, DJ 05.11.2007, p.303)

O Supremo Tribunal Federal, no mesmo sentido, também já decidiu:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ENTREVISTA RESERVADA. DIREITO LIGADO AO ATO DE INTERROGATÓRIO. ALEGADO CERCEAMENTO DE DEFESA. INEXISTÊNCIA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. ORDEM DENEGADA. 1. A questão de direito tratada neste habeas corpus diz respeito ao suposto cerceamento na defesa do paciente por ter sido negado pedido de entrevista reservada com seu defensor antes da audiência de instrução e julgamento. 2. O direito de entrevista prévia e reservada entre o réu e seu defensor está ligado ao interrogatório do acusado e não à audiência de instrução e julgamento. A garantia possibilita ao réu que não possua advogado constituído conversar antecipadamente com o defensor nomeado, para que possa ser orientado sobre as conseqüências de suas

declarações, de modo a não prejudicar sua defesa. 3. Não há no termo de interrogatório qualquer referência quanto à negativa de pedido de entrevista reservada com o acusado antes daquele ato (fls. 67-69). 4. O fato de não ter sido oportunizada entrevista reservada entre o paciente e seu defensor antes da audiência de instrução e julgamento não é capaz de acarretar, por si só, a nulidade do processo, sem a demonstração de efetivo prejuízo para a defesa, de acordo com o princípio *pas de nullité sans grief*, adotado pelo artigo 563 do Código de Processo Penal. 5. Dessa forma, não restou demonstrado o efetivo prejuízo à defesa do paciente causado em razão da negativa de entrevista reservada previamente à audiência de instrução e julgamento. 6. Habeas corpus denegado. (STF - HC 99684/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Ellen Gracie, julgado em 24.11.2009, DJ em 11.12.09, p. 464)

Abordando a violação das garantias que cercam o interrogatório, sob o prisma da inadmissibilidade da prova ilícita, no entanto, os mesmo Tribunais assim já se manifestaram:

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDORA PÚBLICA ESTADUAL. DEMISSÃO. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. CITAÇÃO. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DAS ACUSAÇÕES FEITAS. NULIDADE. INTERROGATÓRIO DA INVESTIGADA. COMPROMISSO DE DIZER A VERDADE. PRERROGATIVA CONTRA AUTO-INCRIMINAÇÃO. ART. 5º, LXIII, DA CF/88. INFRINGÊNCIA. ANULAÇÃO DO PROCESSO QUE SE IMPÕE DESDE O ATO CITATÓRIO. RECURSO ORDINÁRIO PROVIDO. SEGURANÇA CONCEDIDA.

1. Por ocasião da citação inicial no processo administrativo disciplinar, não foram explicitadas as condutas ilícitas imputadas à servidora, tampouco indicados os preceitos legais eventualmente violados. A investigada, portanto, no momento em que foi cientificada da instauração do processo administrativo disciplinar,

desconhecia as razões pelas quais estava sendo investigada, o que lhe impossibilitou o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa. Impõe-se, pois, a anulação do processo administrativo disciplinar a partir da citação.

2. De outra parte, no caso em comento, a servidora foi interrogada por duas vezes durante o processo administrativo disciplinar, e, em ambas as oportunidades, ela se comprometeu "a dizer a verdade das perguntas formuladas".

3. Ao assim proceder, a comissão processante feriu de morte a regra do art. 5º, LXIII, da CF/88, que confere aos acusados o privilégio contra a auto-incriminação, bem como as garantias do devido processo legal e da ampla defesa. Com efeito, em vez de constranger a servidora a falar apenas a verdade, deveria ter-lhe avisado do direito de ficar em silêncio.

4. Os interrogatórios da servidora investigada, destarte, são nulos e, por isso, não poderiam embasar a aplicação da pena de demissão, pois deles não pode advir qualquer efeito. Como, na hipótese em comento, o relatório final da comissão processante que sugeriu a demissão e a manifestação da autoridade coatora que decidiu pela imposição dessa reprimenda se valeram das evidências contidas nos

Interrogatórios, restaram contaminados de nulidades, motivo pelo qual também não podem subsistir.

5. Recurso ordinário provido. Segurança concedida, em ordem a anular o processo administrativo disciplinar desde a citação.

(STJ - RMS 14901/TO, 2002/0063272-6, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 21.10.08, DJ 10.11.2008) (grifamos)

EMENTA: I. Habeas corpus: cabimento: prova ilícita. 1. Admissibilidade, em tese, do habeas corpus para impugnar a inserção de provas ilícitas em procedimento penal e postular o seu desentranhamento: sempre que, da imputação, possa advir condenação a pena privativa de liberdade: precedentes do Supremo Tribunal. II. Provas ilícitas: sua inadmissibilidade no processo (CF, art. 5º, LVI): considerações gerais. 2. Da explícita proscrição da prova ilícita, sem distinções quanto ao crime objeto do processo (CF, art. 5º, LVI), resulta a prevalência da garantia nela estabelecida sobre o interesse na busca, a qualquer custo, da verdade real no processo: conseqüente impertinência de apelar-se ao princípio da proporcionalidade - à luz de teorias estrangeiras inadequadas à ordem constitucional brasileira - para sobrepor, à vedação constitucional da admissão da prova ilícita, considerações sobre a gravidade da infração penal objeto da investigação ou da imputação. III. Gravação clandestina de "conversa informal" do indiciado com policiais. 3. Ilicitude decorrente - quando não da evidência de estar o suspeito, na ocasião, ilegalmente preso ou da falta de prova idônea do seu assentimento à gravação ambiental - de constituir, dita "conversa informal", modalidade de "interrogatório" sub-reptício, o qual - além de realizar-se sem as formalidades legais do interrogatório no inquérito policial (C.Pr.Pen., art. 6º, V) -, se faz sem que o indiciado seja advertido do seu direito ao silêncio. 4. Privilégio contra a auto-incriminação - nemo tenetur se detegere -, erigido em garantia fundamental pela Constituição - além da inconstitucionalidade superveniente da parte final do art. 186 C.Pr.Pen. - importou compelir o inquiridor, na polícia ou em juízo, ao dever de advertir o interrogado do seu direito ao silêncio: a falta da advertência - e da sua documentação formal - faz ilícita a prova que, contra si mesmo, forneça o indiciado ou acusado no interrogatório formal e, com mais razão, em "conversa informal" gravada, clandestinamente ou não. IV. Escuta gravada da comunicação

telefônica com terceiro, que conteria evidência de quadrilha que integrariam: ilicitude, nas circunstâncias, com relação a ambos os interlocutores. 5. A hipótese não configura a gravação da conversa telefônica própria por um dos interlocutores - cujo uso como prova o STF, em dadas circunstâncias, tem julgado lícito - mas, sim, escuta e gravação por terceiro de comunicação telefônica alheia, ainda que com a ciência ou mesmo a cooperação de um dos interlocutores: essa última, dada a intervenção de terceiro, se compreende no âmbito da garantia constitucional do sigilo das comunicações telefônicas e o seu registro só se admitirá como prova, se realizada mediante prévia e regular autorização judicial. 6. A prova obtida mediante a escuta gravada por terceiro de conversa telefônica alheia é patentemente ilícita em relação ao interlocutor insciente da intromissão indevida, não importando o conteúdo do diálogo assim captado. 7. A ilicitude da escuta e gravação não autorizadas de conversa alheia não aproveita, em princípio, ao interlocutor que, ciente, haja aquiescido na operação; aproveita-lhe, no entanto, se, ilegalmente preso na ocasião, o seu aparente assentimento na empreitada policial, ainda que existente, não seria válido. 8. A extensão ao interlocutor ciente da exclusão processual do registro da escuta telefônica clandestina - ainda quando livre o seu assentimento nela - em princípio, parece inevitável, se a participação de ambos os interlocutores no fato probando for incindível ou mesmo necessária à composição do tipo criminal cogitado, qual, na espécie, o de quadrilha. V. Prova ilícita e contaminação de provas derivadas (fruits of the poisonous tree). 9. A imprecisão do pedido genérico de exclusão de provas derivadas daquelas cuja ilicitude se declara e o estágio do procedimento (ainda em curso o inquérito policial) levam, no ponto, ao indeferimento do pedido.

(STF - HC 80949/RJ, Primeira Turma, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgado em 30.10.2001, DJ de 14.12.2001, p. 1145)

Portanto, além da discussão acerca da natureza da nulidade decorrente da ausência de observância de formalidades no interrogatório, cumpre tecer algumas considerações acerca da inadmissibilidade de provas ilícitas, prevista expressamente no art. 5º, LVI, da CF.

Há de se fazer, primeiro, tomando-se a lição de Ada Pellegrini Grinover, a distinção entre provas ilícitas e ilegítimas, sendo aquelas as obtidas com violação de normas de direito material, geralmente violando direitos fundamentais, como privacidade e integridade física, e estas as em que violadas apenas normas processuais, como o é a do art. 186 do CPP.¹²³ Como tal norma está inserida dentre aquelas que tutelam direitos e garantias fundamentais, onde se encontram princípios e normas, de cunho material e processual, que limitam a atividade jurídica do Estado na esfera de liberdade do cidadão, sustenta-se que a proteção constitucional abrange ambas as espécies de ilicitude.¹²⁴

Há divergências, no entanto, em relação ao tema, sendo oportuno trazer a síntese das correntes existentes, segundo Castanho de Carvalho.¹²⁵

“A primeira corrente se fundamenta basicamente na expressão *male captum bene retentum* para justificar a admissibilidade processual de prova obtida ilicitamente, sem prejuízo das sanções penais, civis e administrativas que acaso tenha incorrido aquele que a obtém de forma ilícita, já que existe total independência entre no direito material e processual.

(...)

A segunda corrente tende a não admitir a produção de prova ilícita com o fundamento na unidade do ordenamento. Se a obtenção da prova viola uma norma, não importa se processual ou material, o fato é que o ordenamento jurídico foi violado, e este não pode aproveitar o que lhe foi contrário.

123 CARVALHO, Luis Gustavo, *Processo Penal*..., p. 91.

124 CARVALHO, Luis Gustavo, *Processo penal*..., pp. 91-2.

125 CARVALHO, Luis Gustavo, *Processo Penal*..., pp. 92-3.

A terceira corrente busca no Direito Constitucional o ponto de equilíbrio do sistema, sustentando que a prova ilícita só não deve ser admitida se violar norma constitucional ou um princípio geral da Constituição. Dentro desta corrente surgiu uma variação que vai ganhando força cada vez mais, e que consiste em admitir a prova, mesmo ilícita, se for a única forma de proteger outro valor fundamental. Trata-se de sopesar os interesses protegidos constitucionalmente e admitir a prova ilícita se sua produção for indispensável para a salvaguarda de outro interesse tutelado e mais valioso. É o chamado critério da proporcionalidade (Alemanha) ou razoabilidade (Estados Unidos).”

O referido autor, porém, sustentando sua posição, assevera que, tendo havido a opção legislativa proibindo provas ilícitas, ainda que possa não ter sido a melhor, não há de se falar em ponderação de bens no caso, pois esta seria cabível apenas aos princípios, dada sua generalidade e alto grau de abstração, sendo que, à regra, ocorrendo hipótese abstratamente prevista, afigura-se muito difícil, no seu entender, valer-se da ponderação para afastá-la, pois esta já teria sido feita pelo legislador, neste caso, constituinte. Nas suas palavras, *“a Constituição assume que o Estado prefere não punir do que punir violando a personalidade das pessoas.”*¹²⁶

Como hipóteses excepcionais a se admitir a prova ilícita, em que sua produção seja a forma menos gravosa a salvaguardar valores constitucionais mais caros ou de mesma envergadura, Castanho de Carvalho faz referência à utilização de carta obtida ilicitamente pelo réu para fins de sua defesa criminal e ao uso de uma interceptação ilícita evitar uma grave desordem pública ou para libertar uma pessoa vítima de seqüestro, não admitindo tal utilização com o fim único de obter a condenação criminal do réu.¹²⁷

No tocante à contaminação da prova em decorrência da prova ilícita, o Supremo Tribunal Federal, embora tenha, em 1993, no julgamento do HC nº 69.912, acolhido a tese da contaminação de todas as provas, direta ou indiretamente, oriundas das

126 CARVALHO, Luis Gustavo, Processo Penal..., p. 93

127 CARVALHO, Luis Gustavo, Processo Penal..., pp. 94-5.

informações obtidas na escuta ilegal, nas quais se fundava uma condenação, com base na doutrina da *fruits of the poisonous tree*, posteriormente deu relativo temperamento ao tema, admitindo condenação apoiada em provas consideradas independentes da ilícita. A tese original, no entanto, vem sendo mantida, no sentido de que *“se todas as provas são decorrentes da obtida ilicitamente, são todas inadmissíveis.”*¹²⁸

Em aguçada crítica ao entendimento majoritário dos tribunais superiores, de que somente são anuladas as provas derivadas da ilícita se ficar inequivocamente demonstrada a contaminação, Aury Lopes Júnior sustenta justamente o oposto, *“salvo se ficar inequivocamente demonstrada a independência, as provas subseqüentes deverão ser anuladas.”*¹²⁹ E vai além o referido Professor, asseverando que *“não basta anular o processo e desentranhar a prova ilícita: deve-se substituir o juiz do processo, na medida em que sua permanência representa um imenso prejuízo, que decorre dos pré-juízos (sequer é pré-julgamento, mas julgamento completo) que ele fez.”*¹³⁰

De outra banda, ocorrendo vícios formais no interrogatório procedido na fase policial, há quem entenda que, ainda que possa nulificar o flagrante, não necessariamente importará na nulidade do processo, pois o inquérito policial serve apenas para a formação da convicção do Promotor de Justiça, podendo outras provas produzidas na instrução criminal autorizar uma condenação.¹³¹

Observe-se, aliás, que a nova redação do art. 155 do CPP dispõe que *“o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.”* No entanto, Aury Lopes Júnior, que sustenta a necessidade da exclusão física dos autos do inquérito de dentro do processo, excetuadas as provas técnica e irrepetíveis, bem como da existência do *“juiz garante da investigação preliminar”*, o qual, para que se preserve a imparcialidade, decide apenas sobre medidas que limitem direitos fundamentais, mas não

128 CARVALHO, Luis Gustavo, Processo Penal, pp. 96-7.

129 LOPES JÚNIOR, Aury, Direito Processual..., p. 571.

130 LOPES JÚNIOR, Aury, Direito Processual..., p. 573.

131 CARVALHO, Luis Gustavo, Processo Penal..., p. 180.

atua no processo nem sentença. Acerca da vedação trazida no dispositivo legal antes referido, assinala que *“isso é simbólico, pois não evita a contaminação consciente ou inconsciente do julgador.”*¹³² Tal contaminação, a nosso ver, é semelhante com a decorrente da valoração do direito ao silêncio, também vedada pelo direito.

No Tribunal do Júri, a dificuldade de que se evitá-las é mais sentida, ainda que o juiz advirta aos Jurados que o silêncio do réu não pode prejudicá-lo, como já referido anteriormente. Interessante notar, porém, que não mais são permitidas, como se infere da nova redação do inciso II do art. 478 do CPP, referências, em prejuízo do acusado, ao silêncio ou ausência de interrogatório por falta de requerimento, sob pena de nulidade, o que minimiza o problema. Relevante destacar, ainda, que a mencionada nova redação do art. 155 do CPP já trouxe alguma modificação na jurisprudência, já tendo se decidido que a sentença de pronúncia ser fundamentada em prova judicializada, como se vê:

EMENTA: RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. PRONÚNCIA DE TRÊS RÉUS E IMPRONÚNCIA DE OUTRO. SEIS TENTATIVAS DE HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO. Havendo indícios suficientes da participação de três réus na prática delitiva, é de ser julgada procedente a denúncia para pronunciar esses acusados, submetendo-os a julgamento pelo Tribunal do Júri. JÚRI. PROVA EXCLUSIVAMENTE POLICIAL. IMPOSSIBILIDADE. No caso, nenhuma das testemunhas ouvidas nos autos durante a fase judicial apontou o réu como autor dos fatos. Tudo que há contra ele são depoimentos prestados perante a autoridade policial, que depois foram retificados em juízo. Em processos da competência do Tribunal do Júri sempre se disse que aos jurados é lícito julgar o processo de capa a capa. Entretanto, houve alteração de tal situação com o advento da Lei nº 11.690/08, que deu nova redação ao art. 155 do Código de Processo Penal. Tal dispositivo legal foi inserido no Título VII do Livro I do Código de Processo Penal, tratando, portanto, das provas do processo em geral. Dessa forma, a nova regra processual acerca das

132 LOPES JÚNIOR, Direito Processual..., p. 300.

provas em processo penal é de que a prova policial não ratificada, de alguma forma, em juízo não pode fundamentar a decisão final.

Recursos improvidos. (Recurso em Sentido Estrito Nº 70025840828, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Manuel José Martinez Lucas, Julgado em 10/12/2008) (grifamos)

Vale situar, aliás, conforme sustenta Paulo Rangel, que *“o chamado princípio do in dubio pro societa não é compatível com o Estado Democrático de Direito, onde a dúvida não pode autorizar uma acusação, colocando uma pessoa no banco dos réus.”*¹³³ Não pretendendo aprofundar o debate acerca do tema, nem refutar a ideia de que a regra de julgamento que deve prevalecer em nosso sistema processual seja a do *in dubio pro reo*, situamos que, se tal princípio fosse aplicado na primeira fase do procedimento do Júri, problemática seria não apenas a violação da competência dos Jurados à decisão de mérito, também direito fundamental, mas, também, como se evitar indevida influência da decisão de pronúncia aos jurados, onde já teriam sido afastadas dúvidas para submeter o réu a plenário. Se, de um lado, tal posicionamento poderia evitar eventuais injustiças, de outro, limitaria as possibilidades de absolvição, inclusive por insuficiência probatória, sabidas as diferenças do enfrentamento técnico e leigo acerca de determinadas questões normalmente debatidas em plenário.

5. VEDAÇÃO DE PRISÕES DECORRENTES DE SEU MERO EXERCÍCIO

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, inciso LXI, explicita que *“ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei.”* Já o art. 282 do CPP refere que, *“à exceção do flagrante delito, a prisão não poderá efetuar-se senão em virtude de pronúncia ou nos casos determinados em lei, e mediante ordem escrita da autoridade competente.”*

133 Apud, LOPES JÚNIOR, Aury, Direito Processual..., p. 523.

Na doutrina, Tourinho Filho refere que *"prisão é a privação de liberdade individual mediante clausura."*¹³⁴ Segundo Mirabete, também se faz a distinção das espécies de prisão no direito brasileiro, sendo que a prisão penal é aquela que ocorre após o trânsito em julgado da sentença condenatória, ao passo que a prisão processual, também chamada provisória, *"é a cautelar, em sentido amplo, incluindo a prisão em flagrante (arts. 301 a 310), a prisão preventiva (arts. 311 a 316), a prisão resultante de pronúncia (arts 282 e 408, § 1º), a prisão resultante de sentença penal condenatória (art. 393, I) e a prisão temporária (Lei 7.960, de 21-12-89)."*¹³⁵ O doutrinador faz menção também à prisão administrativa e à prisão disciplinar, mas abordá-las aqui, assim como aprofundar o enfrentamento das demais espécies já enfocadas, não é o objetivo do presente estudo, no qual se pretende apenas demonstrar serem descabidas prisões preventivas e em flagrante fundadas no regular exercício do direito ao silêncio, fazendo-se algumas considerações também acerca da prisão temporária.

Aliás, mais uma vez acertado o posicionamento de Maria Elizabeth Queijo, quando sustenta que *"não deverá o silêncio do acusado servir de fundamento à prisão cautelar, nem para dar supedâneo à sua manutenção, se anteriormente decretada."*¹³⁶

Como já referido, se do silêncio não pode nenhuma consequência ser extraída, não podendo ser valorado pelo julgador, por força do princípio da presunção de inocência, afigura-se evidente ser descabida a decretação ou manutenção de prisão preventiva tendo como fundamento seu regular exercício.

No entanto, por vezes, isso acaba ocorrendo, não sendo demais trazer à baila decisão do Supremo Tribunal Federal, assim ementada:

EMENTA: Habeas Corpus. 1. "Operação Navalha". Inquérito no 544/BA, do Superior Tribunal de Justiça. 2. Alegações de falta de fundamentação do decreto de prisão preventiva e de ofensa ao direito constitucional do paciente permanecer em silêncio (CF, art.

134 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, Código de Processo Penal Comentado, Editora Saraiva, 3ª Edição, 1998, I vol., p. 502.

135 MIRABETE, Júlio Fabbrini, Processo Penal..., p. 359.

136 QUEIJO, O direito de não produzir..., p. 218.

5º, inciso LXIII e CPP, art. 186). 3. Decreto prisional fundamentado em supostas conveniência da instrução criminal e garantia da ordem pública e econômica. 4. Segundo a jurisprudência do STF, não basta a mera explicitação textual dos requisitos previstos pelo art. 312 do CPP, mas é indispensável a indicação de elementos concretos que demonstrem a necessidade da segregação preventiva. Precedentes. 5. A prisão preventiva é medida excepcional que demanda a explicitação de fundamentos consistentes e individualizados com relação a cada um dos cidadãos investigados (CF, arts. 93, IX e 5º, XLVI). 6. A existência de indícios de autoria e materialidade, por si só, não justifica a decretação de prisão preventiva. 7. A boa aplicação dos direitos fundamentais de caráter processual, principalmente a proteção judicial efetiva, permite distinguir o Estado de Direito do Estado Policial. 8. Na medida em que o silêncio corresponde a garantia fundamental intrínseca do direito constitucional de defesa, a mera recusa de manifestação por parte do paciente não pode ser interpretada em seu desfavor para fins de decretação de prisão preventiva. 9. Não se justifica a prisão para a mera finalidade de obtenção de depoimento. 10. Ausência de correlação entre os elementos apontados pela prisão preventiva no que concerne ao risco de continuidade da prática de delitos em razão da iminência de liberação de recursos do Programa de Aceleração do Crescimento (PAC). 11. Motivação insuficiente. 12. Ordem deferida para revogar a prisão preventiva decretada em face do paciente. (STF - HC 91.414-4, 2ª Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 11.04.2008, publicada no DJ. de 25.04.2008, p. 848) (grifo nosso)

O Superior Tribunal de Justiça, na mesma linha:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. PECULATO. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL E DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. FUNDAMENTAÇÃO INSUFICIENTE.

CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. PRESCRIÇÃO EM PERSPECTIVA. INADMISSIBILIDADE.

1. Conquanto válida a fundamentação, do ponto de vista formal, tendo em vista a menção expressa à situação concreta que justifica o receio de inaplicabilidade da lei penal, bem assim para fins de conveniência da instrução criminal, a presente impetração, nesse particular, merece acolhida.

2. Uma vez declarado expressamente nos autos o desinteresse ou mesmo recusa da Paciente em comparecer em juízo para ser interrogada, já tendo sido decretada a revelia, com todos os ônus decorrentes, não se vislumbra qualquer razão plausível para fundamentar a decretação de sua prisão preventiva, uma vez que essa situação não se enquadra em nenhuma das hipóteses elencadas no art. 312 do Código de Processo Penal.

3. Com efeito, tal atitude traz a mesma inconveniência à instrução criminal que seu silêncio traria, na medida em que o interrogatório é, primordialmente, uma oportunidade de autodefesa dada ao acusado. A simples ausência ou recusa em comparecer ao interrogatório manifestada pela Paciente, dissociado de qualquer outro elemento concreto, não tem, de per si, o condão de justificar a custódia cautelar, não autorizando a conclusão de que irá frustrar a aplicação da lei penal, tal como se tivesse empreendido fuga. Precedentes.

4. É pacífico o entendimento tanto na doutrina quanto na jurisprudência no sentido da impossibilidade de reconhecimento da prescrição em perspectiva, também denominada antecipada ou projetada, que leva em conta a pena a ser aplicada no futuro. O ordenamento jurídico pátrio dispõe expressamente que o prazo prescricional, antes da sentença condenatória, será regulado pela

pena máxima cominada abstratamente para o delito, nos termos do art. 109 do Código Penal. Precedentes.

5. Ordem parcialmente concedida para revogar o decreto de prisão preventiva imposto à Paciente, sem prejuízo de nova decretação de custódia cautelar devidamente motivada, nos termos das hipóteses elencadas no art. 312 do Código de Processo Penal.

(STJ - HC 48374 – 2005/0160920-0 , Quinta Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 19.09.2006, DJ em 30.10.2006, p.340)

De outro lado, também já restou situado que a enfocada garantia do silêncio aplica-se a todos aqueles que possam se auto-incriminar por meios de declarações prestadas perante autoridade, não apenas indiciados ou acusados, mas também testemunhas, sendo que a estas somente incide o direito ao silêncio às perguntas cujas respostas possam importar em auto-incriminação.

É oportuno situar, ainda, que *“da recusa em responder às indagações formuladas não se pode extrair a consumação dos crimes de desacato ou desobediência.”*¹³⁷ Assim, considerando-se, como já afirmado, que o direito ao silêncio aplica-se a todo e qualquer processo, administrativo ou judicial, de quaisquer dos Poderes de Estado, e também órgãos no nosso entender, vale registrar que tem sido bastante comum a impetração de *habeas corpus* para garantir o exercício do referido direito em Comissões Parlamentares de Inquérito, com ordens concedidas, como se vê:

HABEAS CORPUS. DEPOIMENTO EM COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO. DIREITO AO SILÊNCIO E DE NÃO PRODUZIR PROVA CONTRA SI MESMO CONSTITUCIONALMENTE GARANTIDO. ORDEM CONCEDIDA. LIMINAR CONFIRMADA.

1. Hipótese em que o paciente, OMAR ANTÔNIO DE BRITTO, ex-presidente da Empresa Baiana de Alimentos - EBAL -, convidado a comparecer na condição de testemunha perante a Comissão

¹³⁷ QUEIJO, O direito de não produzir..., p. 218.

Parlamentar de Inquérito — instalada pela Assembléia Legislativa do Estado da Bahia — que investiga os motivos da crise financeira que acomete a referida empresa, requer a concessão da ordem para comparecer à CPI a fim de prestar os esclarecimentos necessários sem que tenha de assumir o compromisso de dizer somente a verdade e ficando, ainda, resguardado o seu direito de silenciar-se diante de questionamentos que possam levá-lo a produzir prova contra si próprio.

2. Conforme reiteradamente decidido pela Corte Suprema, "o privilégio contra a auto-incriminação — que é plenamente invocável perante as Comissões Parlamentares de Inquérito — traduz direito público subjetivo assegurado a qualquer pessoa, que, na condição de testemunha, de indiciado ou de réu, deva prestar depoimento perante órgãos do Poder Legislativo, do Poder Executivo ou do Poder Judiciário" (HC 79.812/SP, Tribunal Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 16.2.2001- grifou-se).

3. É possível, outrossim, a mitigação da Súmula 691/STF — "Não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de 'habeas corpus' impetrado contra decisão do relator que, em 'habeas corpus' requerido a Tribunal Superior, indefere a liminar." —, na medida em que a decisão atacada pela via do presente habeas corpus, que indeferiu o pedido de liminar formulado nos autos do HC 18.764-7/2007, impetrado no Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, é contrária à própria ordem constitucional, bem como à orientação da Corte Suprema.

4. Ordem concedida para garantir ao paciente o direito de não assumir o compromisso da verdade, se assim não desejar, e de permanecer calado em seu depoimento perante a CPI para a qual foi convidado a depor, sem que, por esse motivo específico, seja preso ou ameaçado de prisão, ressalvando-se, porém, a obrigação de o

depoente prestar as informações solicitadas, com relação a fatos que não impliquem auto-incriminação.

(STJ - HC 82009/BA - 2007/0095521-6, PRIMEIRA TURMA, Rel. Ministra DENISE ARRUDA -J. 05/06/2007, DJ 29/06/2007 p. 488) (grifo nosso)

E M E N T A: COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO - PRIVILÉGIO CONTRA A AUTO-INCRIMINAÇÃO - DIREITO QUE ASSISTE A QUALQUER INDICIADO OU TESTEMUNHA - IMPOSSIBILIDADE DE O PODER PÚBLICO IMPOR MEDIDAS RESTRITIVAS A QUEM EXERCE, REGULARMENTE, ESSA PRERROGATIVA - PEDIDO DE HABEAS CORPUS DEFERIDO. - O privilégio contra a auto-incriminação - que é plenamente invocável perante as Comissões Parlamentares de Inquérito - traduz direito público subjetivo assegurado a qualquer pessoa, que, na condição de testemunha, de indiciado ou de réu, deva prestar depoimento perante órgãos do Poder Legislativo, do Poder Executivo ou do Poder Judiciário. - O exercício do direito de permanecer em silêncio não autoriza os órgãos estatais a dispensarem qualquer tratamento que implique restrição à esfera jurídica daquele que regularmente invocou essa prerrogativa fundamental. Precedentes. O direito ao silêncio - enquanto poder jurídico reconhecido a qualquer pessoa relativamente a perguntas cujas respostas possam incriminá-la (nemo tenetur se detegere) - impede, quando concretamente exercido, que aquele que o invocou venha, por tal específica razão, a ser preso, ou ameaçado de prisão, pelos agentes ou pelas autoridades do Estado. - Ninguém pode ser tratado como culpado, qualquer que seja a natureza do ilícito penal cuja prática lhe tenha sido atribuída, sem que exista, a esse respeito, decisão judicial condenatória transitada em julgado. O princípio constitucional da não-culpabilidade, em nosso sistema jurídico, consagra uma regra de tratamento que impede o Poder Público de agir e de se comportar, em relação ao suspeito, ao indiciado, ao

denunciado ou ao réu, como se estes já houvessem sido condenados definitivamente por sentença do Poder Judiciário. Precedentes.

(STF – HC 79812-8, Plenário, Rel. Min. Celso de Mello, unânime, j. em 08.11.2000, DJ de 16.02.2001, p. 21)

Quanto à prisão temporária, conforme se infere da Lei 7.960/89, tem cabimento na hipótese de haver fundadas razões de autoria ou participação, se imprescindível para as investigações do inquérito policial ou quando o indiciado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade.

Bem situado por Castanho de Carvalho, como cautelar que é tal prisão, que ao seu deferimento é necessário o *fumus boni iuris*, consistente nas fundadas razões de autoria ou participação, e o *periculum in mora*, que seria uma das demais situações elencadas acima.¹³⁸ Sustenta o referido autor,¹³⁹ ainda, que “*estão presentes, portanto, as características da provisoriedade, da instrumentalidade, da urgência que tornam possível a convivência da prisão cautelar com o princípio da presunção constitucional de inocência*” arrematando ser “*constitucional a prisão temporária porque tem natureza cautelar e não é vedada pela Constituição.*”

No entanto, alguns questionamentos podem ser levantados, inclusive acerca da constitucionalidade da parte final do inciso II do art. 1º da Lei 7960/89, uma vez que, como já sustentado anteriormente, ainda que se admita que o direito ao silêncio, em regra, não incida na primeira parte do interrogatório, qual seja, a qualificação do indiciado ou acusado, há situações em que o fornecimento de dados acerca de sua autoria importará em produção de provas contra si, não se justificando a decretação da prisão temporária em tal situação, pelo direito daqueles de não produzi-la.

Além disso, com a prisão temporária, assim como com sua eventual prorrogação, pretende-se, não raras vezes, ainda que de forma velada, apenas compelir o indiciado a prestar informações, de modo que, mesmo sabendo-se ser este sujeito do direito

138 CARVALHO, Luis Gustavo, Processo Penal..., pp. 215-6.

139 CARVALHO, Luis Gustavo, Processo Penal..., p. 216.

constitucional ao silêncio, acaba sendo tratado como verdadeiro objeto do processo, em manifesta afronta a dignidade da pessoa humana.

Sob outro prisma, admitindo-se que já procedida ponderação dos princípios constitucionais em conflito pelo próprio legislador, não apenas ao admitir a prisão provisória como ao estabelecer seus prazos máximos de duração, isso não significa que não possa o Juiz, no caso concreto, fazer juízo de ponderação, o que deve ser feito ao estabelecimento do prazo, que pode ser inferior ao máximo previsto, bem como para efeito de eventual prorrogação. Observando-se a lição de Castanho de Carvalho, de que, tendo o legislador, no confronto de princípios, estabelecido uma ponderação, “*terá restado pouco espaço para a ponderação judicial*”,¹⁴⁰ a conclusão inarredável é que há algum espaço, consistente, conforme Canotilho, na reserva da jurisdição, cuja ideia “*implica a reserva de juiz relativamente a determinados assuntos*”,¹⁴¹ dentre os quais assuntos envolvendo a liberdade dos cidadãos.

Por oportuno, vale trazer a baila lição de Daniel Sarmento¹⁴²:

“(…) cumpre ressaltar que a ponderação de interesses é uma necessidade indeclinável diante da natureza aberta das normas constitucionais, que não possuem campos de incidência demarcados com precisão. Esta característica está presente também nas normas que consagram direitos fundamentais, fazendo que estes muitas vezes colidam na resolução de casos concretos.”

Na mesma esteira, ensinamentos de Luiz Fernando Calil de Freitas¹⁴³:

“Como forma de estabelecer o saudável equilíbrio, a aplicação da teoria dos direitos fundamentais como um sistema de princípios e regras que demandam sempre recurso à ponderação para a concretização permite introduzir o necessário elemento racional

140 CARVALHO, Luis Gustavo, *Processo Penal*..., p. 16.

141 Apud CARVALHO, Luis Gustavo, *Processo Penal*..., p. 16.

142 SARMENTO, Daniel. A ponderação de Interesses na Constituição Federal, *Lumen Júris*, Rio de Janeiro, 2000, p. 144-5.

143 FREITAS, Luiz Fernando Calil de. *Direitos Fundamentais*..., p. 227.

porque assentada a exigência de fundamentação que, feita a partir dos elementos do sistema jusfundamental positivo e restrita aos seus limites, não permite nem a funcionalização dos direitos fundamentais aos interesses do poder público travestido de interesse comunitário, nem a hipertrofia da dimensão individual de tais direitos, tal como se ajustaria ao modelo do Estado Liberal de Direito já não mais existente.”

Ferrajoli, por sua vez, questionando a necessidade de prisão sem processo, sustenta *“que a necessidade de prevenir a deterioração de provas do processo não deve ser confundida com a de interrogar o imputado e até mesmo de obter-lhe a confissão no segredo da investigação.”*¹⁴⁴ E acrescenta que a coercitividade do interrogatório, nas palavras de Francesco Carrara, *“para arrancar a confissão do réu”, demonstra “não estar morta a semente daqueles que secretamente lamentam a abolição da tortura; já que a masmorra, utilizada no sentido como acima se ensina, não é outra coisa que uma tortura disfarçada.”*¹⁴⁵

Ainda que relativos à prisão preventiva, os ensinamentos do ilustrado Professor podem também ser aplicados, a nosso sentir, à prisão temporária, tida por necessária à investigação, especialmente quando refere, com propriedade, *“que detenção do imputado pelo tempo estritamente necessário - por horas ou no máximo dias, mas não anos - para interrogá-lo numa audiência preliminar ou em um incidente probatório e talvez para realizar as primeiras averiguações sobre justificativas”,* afigurar-se-ia bem mais plausível a se evitar a alteração de provas ou mesmo a apresentação de falsas defesas, exigências instrutórias que, uma vez superadas, não mais justificariam a manutenção da prisão.¹⁴⁶

Assim sendo, ainda que se admita a parcial constitucionalidade da prisão temporária, sua efetiva necessidade deve ser muito bem avaliada pelo julgador, especialmente para se evitar que sirva como instrumento à violação de garantias fundamentais, dentre as quais do direito ao silêncio tratado no presente estudo.

144 FERRAJOLI, Luigi, Direito..., p. 512.

145 Apud FERRAJOLI, Luigi, Direito..., p. 512.

146 FERRAJOLI, Luigi, Direito..., p. 513.

6. MODIFICAÇÕES POSTERIORES À CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Ao longo do tempo, passados já mais de vinte anos da promulgação da Constituição Federal de 1988, vem-se observando, tanto na jurisprudência, como da própria legislação infra-constitucional, um amadurecimento, no sentido de se concretizarem, ainda que de maneira gradual, direitos fundamentais nela estabelecidos, dentre os quais, cabe aqui destacar, os princípios da dignidade da pessoa humana e da presunção de inocência, bem como as garantias da vedação de provas ilícitas, da tortura e de tratamentos desumanos ou degradantes, assim como do devido processo legal, da ampla defesa e, evidentemente, do direito ao silêncio.

Ainda que não raras sejam as críticas dirigidas à Constituição Cidadã, por ter consagrado uma gama supostamente excessiva de direitos, cumpre observar, como bem apanhado por Alexandre Wunderlich, que, *“no atual período científico do direito processual, originário de revoluções liberais, a Constituição Federal recebe, além de sua função formal de hierarquia legal, uma função de positivação material dos direitos fundamentais, sendo o principal marco de positivação destes direitos.”*¹⁴⁷

Com a aplicabilidade imediata dos direitos e garantias fundamentais, traçada pelo §1º do art. 5º, da Constituição Federal, acentuada é a importância do Poder Judiciário à exigibilidade daqueles, valendo trazer à baila o entendimento de Luciano Feldens:¹⁴⁸

A Constituição estabelece, no art. 5º, § 1º, que ‘as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata’. Duas características entronizam o que se denomina exigibilidade imediata dos direitos fundamentais: a *justiciabilidade* e a *aplicabilidade direta*. A *justiciabilidade* é a característica inerente a todos os direitos subjetivos, fundamentais ou não, consistindo na garantia do titular do direito de ver afastada, na via judicial, a restrição imposta ao seu exercício (art. 5º, XXXV). No caso dos direitos fundamentais essa característica vem acrescida da

147 WUNDERLICH, Por um sistema de impugnações..., pp. 25-6.

148 FELDENS Luciano, Direitos Fundamentais e Direito Penal, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 56.

aplicabilidade direta, a indicar que podem ser reivindicados perante o Poder Judiciário sem a necessidade de mediações legislativas. Isso significa a afirmação do caráter jurídico-positivo (e não meramente programático) dos preceitos relativos aos direitos, liberdades e garantias, de modo que já não se pode dizer que nos direitos fundamentais só têm real existência jurídica por força da lei, ou que valem apenas nos termos do conteúdo que por estas lhe é dado. Diz-se, por isso, que os direitos concebidos como fundamentais têm sua juridicidade *reforçada*.”

Como refere Wunderlich, citando Canotilho e Vital Moreira, a jurisdição, vinculatividade e atualidade das normas constitucionais é inquestionável. Assevera, ainda, o ilustrado professor, valendo-se, mais uma vez, da abalizada lição de Canotilho, que “*o princípio básico do Estado de direito é a eliminação do arbítrio no exercício dos poderes públicos, com a conseqüente garantia de direitos individuais perante esses poderes,*” salientando, também “*a fundamental importância da via judiciária como garantia do Estado Constitucional de Direito.*”¹⁴⁹

E o Poder Judiciário, ao menos no que diz respeito à valoração do silêncio em prejuízo do acusado, ainda que somente com o advento da Lei 10.792/03 tenha o legislador alterado a redação do art. 186, para afastar a menção de que o silêncio poderia prejudicar a defesa do acusado, já vinha afastando-a, considerando a parte final do referido dispositivo legal não recepcionada pela Constituição Federal de 1988, como se vê:

EMENTA: INTERROGATÓRIO - ACUSADO - SILÊNCIO. A parte final do artigo 186 do Código de Processo Penal, no sentido de o silêncio do acusado poder se mostrar contrário aos respectivos interesses, não foi recepcionada pela Carta de 1988, que, mediante o preceito do inciso LVIII do artigo 5º, dispõe sobre o direito de os acusados, em geral, permanecerem calados. Mostra-se discrepante da ordem jurídica constitucional, revelando apego demasiado à forma, decisão

149 WUNDERLICH, Por um sistema de impugnações..., p. 16.

que implique a declaração de nulidade do julgamento procedido pelo Tribunal do Júri à mercê de remissão, pelo Acusado, do depoimento prestado no primeiro Júri, declarando nada mais ter a acrescentar. Dispensável é a feitura, em si, das perguntas, sendo suficiente a leitura do depoimento outrora colhido.

(RE 199570/MS Rel. Min. Marco Aurélio, j. em 16.12.1997, DJ. 20.03.1998, p. 17) (grifo nosso)

No mesmo sentido:

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. DELITO DE FALSUM. REEXAME E REVALORAÇÃO DA PROVA. SILÊNCIO DO RÉU. LIVRE CONVENCIMENTO E CONVICÇÃO ÍNTIMA.

I – A reavaliação da prova ou de dados explicitamente admitidos e delineados no decisório recorrido não implica no vedado reexame do material de conhecimento (Precedentes).

II – A parte final do art. 186 do CPP não foi recepcionada pela Carta de 1988 (Precedentes do STF e do STJ). O silêncio do réu não pode ser usado, de per si, para fundamentar um juízo condenatório.

III – O princípio do livre convencimento, que exige fundamentação concreta, vinculada e legalmente válida, não se confunde com o princípio da convicção íntima.

IV – A condenação requer certeza, sub specie universalis, alcançada com prova válida, não bastando a alta probabilidade ou a certeza subjetiva do julgador.

Recurso provido, absolvendo-se o réu-recorrente.

(REsp 363548/SC – 2001/0019653-2, 5ª Turma, Rel. Min. Félix Fischer, j. em 02.05.2002., DJ 10/06/2002 p. 250)

No entanto, a manutenção da redação do art. 198 do CPP pela Lei 10.792/03, ainda que na doutrina predomine o entendimento de que também incompatível com a Constituição Federal, como já referido, há quem sustente, e inclusive isto se infere da decisão retro, que somente o silêncio é que não pode, isolado, embasar a condenação do acusado, o que não afasta, portanto, sua valoração, posicionamento este em relação ao qual já manifestamos nossa discordância.

Questão mais preocupante é a tendência da jurisprudência de se considerar relativa a nulidade decorrente da inobservância de formalidades do direito ao silêncio, assim como a também já situada problemática da prova ilícita, especialmente a por derivação, cuja nulidade vem sendo afastada se não demonstra inequivocamente sua contaminação, o que traz indevido ônus probatório à defesa.

Em posicionamento crítico acerca da jurisprudência, Salo de Carvalho, citando Luís Roberto Barroso, poderá que *“as normas legais têm de ser reinterpretadas em face da nova Constituição, não se lhes aplicando automaticamente e acriticamente, a jurisprudência forjada no regime anterior.”* Acrescenta, ainda, o referido autor, que *“o trabalho da crítica jurídica, portanto, será o de desconstituir este modelo de interpretação que a doutrina e a jurisprudência têm cotidianamente aplicado, negando, por consequência, a efetividade da Constituição.”*¹⁵⁰

De outro lado, relativamente ao Tribunal do Júri, onde tormentosa é a questão da valoração do exercício do silêncio, por mais difícil seu controle, em face da ausência do dever de motivação aos Jurados, significativas foram as alterações trazidas pela Lei 11.689/08. Naquilo que diz respeito ao direito ao silêncio, cumpre destacar a faculdade do acusado solto de não comparecer ao julgamento, que entendemos deve ser estendida, para que se assegure a isonomia de tratamento, também ao preso, bem como a vedação, durante os debates, de referências ao silêncio do acusado ou à ausência de interrogatório por falta de requerimento. A nosso sentir, tais alterações estão em consonância com o princípio da presunção de inocência, e a vedação de que se façam indevidas referências

150 CARVALHO, Salo de, Antimanual..., p. 29.

acerca do direito ao silêncio em plenário, se não resolve o problema de sua valoração pelos Jurados, ao menos o minimiza.

De resto, não especificamente em relação ao direito ao silêncio, mas atinentes ao interrogatório, as alterações trazidas, tanto pela Lei 10.792/03, como pela Lei 11.689/08, trouxeram, a nosso ver, alguns avanços, tais como a imprescindibilidade de advogado ao interrogatório e a sua realização após a oitiva das testemunhas, direito de perguntas pelas partes, dentre outros, cuja abordagem, porém, não interessa diretamente ao presente estudo.

7. CONCLUSÕES

O direito ao silêncio, decorrente do princípio de que ninguém pode ser obrigado a produzir provas contra si mesmo, surgiu e se desenvolveu gradualmente ao longo de séculos, como reação contra o arbítrio do Estado em relação aos direitos de liberdade dos cidadãos. Tais conquistas, da humanidade, tiveram especial impulso nas Revoluções Francesa e Americana, culminando no constitucionalismo moderno, onde já sedimentada a ideia de direitos fundamentais, dentre as quais inquestionável destaque tem a dignidade humana.

É importante situar que o direito ao silêncio, espécie do princípio acima enfocado, que é mais amplo, também configura manifestação do direito fundamental da intimidade, contribuindo à instauração de um processo fundado no respeito à liberdade física e psíquica do acusado, não se podendo admitir que seja associado à culpabilidade do acusado, como se não houvesse inúmeras razões ao exercício do direito ao silêncio também ao inocente, inclusive eventual estratégia da defesa técnica, amparada pelo devido processo legal.

Quanto à discussão da natureza jurídica do interrogatório para se aferir a do direito ao silêncio, temos que deva ser considerado meio de defesa, ainda que possa servir de fonte de prova, destacando-se à adoção deste posicionamento o fato do Juiz não poder

obrigar o acusado a responder seus questionamentos, nem valorar negativamente o regular exercício de tal direito, sob pena de violação do núcleo essencial de garantias fundamentais.

A inserção do direito ao silêncio no processo acusatório, traçadas suas distinções em relação ao processo inquisitório, assim como a incidência do princípio *in dubio pro reo* como regra de julgamento em processos penais, deixa indubitável que o exercício do contraditório é faculdade de defesa, não servindo o interrogatório para que se extraia confissão, nem deve, aliás, ser dirigido a isso, sendo que o ônus da prova, por opção do legislador, é atribuído inteiramente à acusação. Ainda que o acusado não faça prova de álibi alegado, somente será condenado se cabalmente provado o alegado na denúncia, cabendo também à acusação, em sendo alegada legítima defesa, afastar, também de forma segura, a dúvida de sua existência, pois esta basta à absolvição.

No tocante à amplitude do direito ao silêncio, objetivamente, pode ser exercido, de forma total ou parcial quanto ao mérito, mesmo depois de já ter o acusado respondido perguntas, e em qualquer processo, inclusive não criminais, perante qualquer dos Poderes Públicos. Não se equipara ao direito de mentir, embora, exceto em determinadas situações, mesmo que o acusado minta, não há previsão de consequências jurídicas. Dentre as situações em que se admite a responsabilização do acusado pela mentira, estão as hipóteses de auto-acusação falsa, bem como, para alguns, de desobediência ou falsa identidade, em sendo omitida ou falseada sua identificação pessoal. É que, na primeira parte do interrogatório, da qualificação, o entendimento dominante é de que não incide o direito ao silêncio, ressalvadas situações em que respondê-la poderá importar em auto-acusação. De resto, sustenta-se também que não há obrigatoriedade de resposta quando aos antecedentes policiais ou judiciais.

Além de ter a faculdade de exercer o direito ao silêncio, deve o acusado ser informado que pode silenciar e que seu silêncio não lhe trará prejuízo, sob pena de nulidade do interrogatório, sendo vedado qualquer tipo de insinuação ou constrangimento para que não o exerça.

Não pode ser valorado o silêncio, embora a disposição mantida na redação do art. 198 do CPP, no sentido de que poderá servir de elemento para a formação do

convencimento do juízo, pois regra não recepcionada pela Constituição Federal de 1988. Ainda que admitida trate-se de restrição imposta pelo legislador ao direito fundamental em tela, não se sustentaria por afetar núcleo essencial do direito. No Tribunal do Júri, em face dos jurados não motivarem suas decisões, mais difícil é o controle de indevida valoração, cabendo ao juiz adverti-los de que o silêncio não pode prejudicar a defesa.

Relativamente aos titulares do direito ao silêncio, não são apenas os indiciados ou acusados presos, pois também os soltos, inclusive porque os dispositivos, incorporadas ao direito pátrio, do Pacto Internacional de Direito Cívico e Político e da Convenção Americana de Direitos Humanos, quando tratam do assunto, não fazem qualquer distinção. Suspeitos averiguados e testemunhas, relativamente perguntas cujas respostas possam lhes incriminar, igualmente podem silenciar. Também se estende a pessoas jurídicas, que podem ser demandadas criminalmente em relação a determinados delitos, o direito ao silêncio.

Sobre a obrigatoriedade do comparecimento do acusado ao interrogatório, para qualificação, ao menos, mantida a possibilidade de condução, a teor do art. 260 do CPP, ainda que haja quem entenda descabida, remanesce, exceto quanto ao procedimento do Júri, por força das alterações trazidas pela Lei 11689/08, em que facultado o não comparecimento do acusado à sessão de julgamento, como se infere da atual redação do art. 457 do CPP. Tal faculdade, a nosso ver, deve ser também estendida aos réus presos.

As consequências das violações de garantias do interrogatório, dentre as quais está inserido o direito ao silêncio, é questão controvertida, não sendo pacífico se acarreta nulidade absoluta ou relativa, sendo que majoritário o posicionamento em favor desta última hipótese. Além disso, embora a Constituição Federal não faça ressalvas quanto à vedação de provas ilícitas, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal vem se admitindo a manutenção de decisões condenatórias se fundadas em provas derivadas da ilícita, salvo se ficar inequivocamente demonstrada a contaminação, sendo que a crítica feita na doutrina é no sentido de que a acusação é que deveria demonstrar, de forma inequívoca, a não contaminação.

A prisão preventiva fundada no exercício do direito ao silêncio, bem como em flagrante pelo seu regular exercício, por sua vez, acertadamente vem sendo repelidas na jurisprudência dos Tribunais Superiores. Relativamente às prisões temporárias, ainda que se admita constitucional, com ressalva à parte final do inciso II do art. 1º da Lei 7960/89, muitas vezes são utilizadas objetivando a obtenção de confissões, deve ser criteriosamente avaliadas pelo julgador, especialmente para se evitar que sirva como instrumento a violação de garantias fundamentais. Não obstante se entenda já procedida restrição a direito fundamental pelo legislador, isso não significa não haver espaço algum à eventual ponderação judicial, o que se dá no estabelecimento do prazo e na eventual prorrogação da prisão temporária.

Dentre as modificações sentidas no direito ao silêncio após o advento da Constituição Federal de 1988, além do enfrentamento da conformação constitucional da legislação infra-constitucional que já vinha ocorrendo na jurisprudência, para considerar não recepcionada a parte final do art. 186 do CPP, questão corrigida pela Lei 10.792/03, ressalvada a manutenção do art. 198 do CPP, destacam-se as alterações relativas ao Júri, notadamente a faculdade de não comparecimento, vedação de referências nos debates, em prejuízo ao acusado, acerca do silêncio ou não comparecimento.

Por fim, não obstante assentado na Constituição Federal que nosso Estado seja Democrático de Direito e tenha dentre seus fundamentos a dignidade da pessoa humana, e que, dentre as garantias individuais, além do direito ao silêncio, consagrados o devido processo legal, a ampla defesa, a presunção de inocência, a vedação de provas ilícitas e da tortura, ainda se nota, na prática forense, sutis tentativas de violações às regras processuais, inclusive no tocante ao direito ao silêncio, objeto do presente estudo.

Não raro ocorrem situações em que, veladamente, são extraídas consequências desfavoráveis a acusados que silenciam, assim como acusados são induzidos a responderem perguntas que lhes possam incriminar, não apenas pela astúcia de quem interroga, mas inclusive pela ausência de informações mais precisas aos acusados, quando sugeridas confissões ou delações, em relação à extensão e eventuais condições de benefícios prometidos.

Tais situações merecem uma redobrada e constante atenção dos operadores do direito para que se evitem prejuízos aos acusados, sendo necessário que, cada vez mais, o processo penal seja compreendido em consonância com os ditames constitucionais, não se podendo mais conceber, nos dias de hoje, que o exercício do direito ao silêncio traga prejuízo aos acusados.

8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy, Ônus da Prova no Processo Penal, Ed. Revista dos Tribunais, 2003.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de, Processo Penal e Constituição, Editora Lúmen Júris, 2006.

CARVALHO, Salo de, Antimanual de Criminologia, Editora Lúmen Júris, 2ª Edição, 2008.

FELDENS, Luciano, Direitos Fundamentais e Direito Penal, Editora Livraria do Advogado, 2008.

COUCEIRO, João Cláudio, A Garantia Constitucional do Direito ao Silêncio, Editora Revista dos Tribunais, 2004.

FERNANDES, Antônio Scarance, Processo Penal Constitucional, Editora Revista dos Tribunais, 1999.

FREITAS, Luiz Fernando Calil de, Direitos Fundamentais – limites e restrições, Editora Livraria do Advogado, 2007.

FERRAJOLI, Luigi, Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal, Editora Revista dos Tribunais, 2ª Edição, 2006.

GIACOMOLLI, Nereu José, Resgate necessário da humanização do processo penal contemporâneo, in Política Criminal Contemporânea: Criminologia, Direito Penal e Direito Processual Penal, Coordenador Alexandre Wunderlich, Editora Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2008.

- LOPES JÚNIOR, Aury, Direito Processual e sua conformidade constitucional, Editora Lúmen Júris, 2007.
- MARQUES, José Frederico, Elementos de Processo Penal, Editora Bookseller, 1997.
- MORAES, Alexandre de, Direito Constitucional, 22ª Edição, Editora Atlas, 2007.
- NUCCI, Guilherme de Souza, O Valor da Confissão, Editora Revista dos Tribunais, 2ª Edição, 1999.
- OST, François, O tempo do direito, Editora da Universidade do Sagrado Coração, São Paulo, 2005.
- QUEIJO, Maria Elizabeth, O Direito de não produzir provas contra si mesmo, Editora Saraiva, 2003.
- SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. 9ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- SARMENTO, Daniel. A ponderação de Interesses na Constituição Federal, Lumen Júris, Rio de Janeiro, 2000.
- SZNICK, Valdir, Princípios de Defesa na Constituição, Iglu Editora, 2002.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, Código de Processo Penal Comentado, Ed Saraiva, vol. I, 998.
- TRISTÃO, Adalto Dias, O Interrogatório como Meio de Defesa, Lumen Juris, 2009.
- WUNDERLICH, Alexandre, Por um Sistema de Impugnações do Processo Penal Constitucional Brasileiro, in Escritos de Direito Penal em Homenagem ao Professor Paulo Cláudio Tovo, Editora Lumen Júris, 2002.