

MARCIA CACERES DIAS YOKOYAMA

O DIREITO AO SILÊNCIO NO INTERROGATÓRIO

MESTRADO EM DIREITO

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
SÃO PAULO/SP
2007**

MARCIA CACERES DIAS YOKOYAMA

O DIREITO AO SILÊNCIO NO INTERROGATÓRIO

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de MESTRE em Direito Processual Penal, área de concentração Direito das Relações Sociais, sob a orientação do Professor Doutor Hermínio Alberto Marques Porto.

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
SÃO PAULO/SP
2007**

O DIREITO AO SILÊNCIO NO INTERROGATÓRIO

MARCIA CACERES DIAS YOKOYAMA

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para a obtenção do título de MESTRE em Direito Processual Penal, área de concentração Direito das Relações Sociais, sob a orientação do Professor Doutor Hermínio Alberto Marques Porto.

**Professor
Presidente e Orientador
1º Examinador**

**Professor
2º Examinador**

**Professor
3º Examinador**

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
SÃO PAULO/SP
2007**

Em homenagem aos meus pais **Ovídio** e **Conceição** pelo empenho para conduzir seus filhos ao aprimoramento pessoal e profissional. Ao meu esposo **Isamu** pelos permanentes apoio e compreensão.

Aos meus **antepassados** que um dia vieram para uma terra longínqua e desconhecida em busca da felicidade.

A todos que um dia estiveram frente à injustiça, à incompreensão e ao arbítrio, cerceados de livremente expressar seu pensamento ou que, ao deixarem de fazê-lo por um motivo maior, foram por isso punidos.

Agradecimentos

A **Deus** e meu **Mestre**, por dirigir minha vida para o caminho da verdade, do bem e do belo.

Ao professor Doutor **Hermínio Alberto Marques Porto** pelos inestimáveis ensinamentos jurídicos e lições de vida, e pelo privilégio de tê-lo como orientador na elaboração do presente trabalho.

Aos professores Doutores do Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito da PUC/SP, **Marco Antonio Marques da Silva**, **Oswaldo Henrique Duek Marques**, **Flávia Piovesan** e **Márcio Pugliese** pelas valiosas contribuições para meu aperfeiçoamento profissional.

Ao **CNPq** (Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico) pelo fundamental apoio através de bolsa de estudos a mim confiada que possibilitou a conclusão deste curso.

Aos colegas **Roberto Ferreira da Silva** e **Hamilton da Cunha Iribure Júnior** pela valiosa amizade.

YOKOYAMA, Márcia Cáceres Dias. *O direito ao silêncio no interrogatório*. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2007. (Dissertação de Mestrado em Direito Processual Penal, área de concentração Direito das Relações Sociais).

Orientador: Professor Doutor Hermínio Alberto Marques Porto.

RESUMO

O moderno direito processual penal tem a destacada característica de avistar o imputado como sujeito de direitos a privilegiar o princípio maior da dignidade da pessoa humana, conquistado paulatinamente. A partir da compreensão do fundamento da garantia do direito ao silêncio, em cotejo com os princípios norteadores do Estado Democrático de Direito, emana a lógica da consonância do doutrinador, legislador e operador do direito de unirem-se para dar uma exata aplicação ao instituto com suas vertentes. O interrogatório do acusado no processo penal, oportunidade em que será ouvido pela autoridade para apresentar sua versão dos fatos e exercer seu direito de autodefesa, desde os tempos remotos, sofreu grandes alterações na sistemática processual de acordo com a mentalidade ideológico-social-cultural do momento histórico. Mas a evolução da ciência fez surgir novos métodos de investigação. O acusado passou a ser visto não como objeto da prova, mas como sujeito de direitos. O direito de silenciar passou a ser aceito como garantia da intimidade e, principalmente, como corolário do princípio contra a auto-incriminação. O estudo dos princípios que prestigiam o direito ao silêncio e seus reflexos, bem como do interrogatório, evidencia a necessidade de debater o tema. Realiza-se através do direito à informação, da presunção de inocência, do contraditório, da ampla defesa, da proibição de provas ilícitas. O direito ao silêncio estende-se a toda pessoa questionada no momento da sua prisão e fora desta, por agentes públicos, bem assim na fase investigativa policial, na instrução do processo penal e dos procedimentos parlamentares e administrativos, mesmo quando estiver na qualidade de testemunha quanto a fatos auto-incriminatórios. Cabe em todo momento em que o indivíduo perquirido vê-se diante de respostas que possam prejudicá-lo. Trata-se de direito público subjetivo impeditivo da interpretação desfavorável contra aquele que silencia. Para seu pleno exercício, faz-se necessária a informação tanto deste direito ao titular como da amplitude de seu alcance como exercício da vontade livre e consciente, para que possa ser exercido plenamente. O direito de não ser obrigado a fazer prova contra si permite ao imputado não colaborar na produção da prova, tradução do exercício do direito de preservação da intimidade e inércia e, sobretudo, do agir espontâneo do imputado. É essa a complexidade tratada no presente trabalho.

Palavras-chave: silêncio, auto-incriminação, interrogatório, prova.

YOKOYAMA, Márcia Cáceres Dias. *The right to remain silent in an interrogation*. São Paulo: São Paulo's Papal Catholic University, 2007. (Masters Dissertation in Criminal Lawsuit, area of concentration in Law of Social Relations).

Adviser: Professor Doutor Hermínio Alberto Marques Porto.

ABSTRACT

The modern Criminal Lawsuit has the remarkable characteristic of looking at the imputed person as someone who has rights, to privilege the biggest principle of the human being, conquered gradually. To start from the comprehension of the basis of the right to the silence, compared to the guided principle of the Democratic State of Right, emanates the logical of the doctrinal, the Legislator and the applicator of right to get together in order to give an exact application to the institute and its correspondings. The interrogation of an accused in a penal lawsuit, chance for him to be heard by the authority to present his version of the facts and to exercise his right of self-defense, since the old times, has changed a lot in its penal lawsuit system according to the ideological-social-cultural mentality of the historical moment. But the evolution of Science and Philosophy made new methods of investigation to come out. The accused started to be seen not as an evidence object but as someone who had rights. The right to remain silent started to be accepted as assurance of privacy and mainly as deduction of the principle against the self-incrimination. The study of principles which honor the right of being silent and its reflexes, and also of the investigation, makes evident the need of a discussion around the subject. It happens through the right of information, the supposed innocence, the contradiction, the wide defense, the prohibition of illicit evidences. The right to remain silent extends to all inquired person at the moment of his prison and in another case, by public officers, and also in the police investigation phase, in the instruction of the penal lawsuit and of parliamentary and administrative procedures, even when he is the witness or concerning to self-incriminative facts. So, it works in every moment that the inquired individual finds himself in front of answers which can harm him. It's a subjective public right that prevents disadvantageous interpretations against the one who is remaining silent. For its full exercise, it is necessary the information of this right to the titular and its extension as an exercise of free and aware will. The right of not being obliged to prove against himself permits to the accused not to help in producing evidences, translation of the right to preserve the privacy and inertness and specially the imputed person's spontaneous acts. And this work treats all this complexity in a unpretentious way.

Key words: silent, self-incrimination, interrogation, evidence.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
-------------------------	----

CAPÍTULO 1 ORIGEM E EVOLUÇÃO HISTÓRICA

1.1 O direito hebreu.....	13
1.2 O direito romano.....	15
1.2.1 A influência do direito germânico	17
1.3 A jurisdição eclesiástica. A inquisição	19
1.4 Idéias humanizadoras	25
1.5 Direito anglo-saxão	28
1.5.1 O direito inglês	28
1.5.2 O direito norte-americano.....	31
1.6 O direito luso-brasileiro e brasileiro	36
1.7 Regramento atual.....	41

CAPÍTULO 2 O DIREITO AO SILÊNCIO COMO GARANTIA CONSTITUCIONAL

2.1 Fundamento	46
2.2 Direito à intimidade.....	50
2.3 A efetivação da garantia.....	53
2.3.1 Na presunção de inocência.....	53
2.3.2 No devido processo legal: a ampla defesa e o contraditório	58
2.3.3 No direito à informação	63
2.3.4 Na proibição das provas ilícitas. A proporcionalidade	70

CAPÍTULO 3 O INTERROGATÓRIO

3.1 Conceito e características	76
3.2 Natureza.....	82
3.3 Faculdade ou obrigatoriedade?	85
3.4 Momento e oportunidade da realização	88
3.5 O interrogatório da fase policial.....	90
3.6 O interrogatório no procedimento do Júri	92
3.7 O interrogatório da pessoa jurídica	96

3.8 O direito de presença do réu e o Projeto de Lei n. 7.227/06	98
3.9 A confissão	105

CAPÍTULO 4

A IRRADIAÇÃO DO DIREITO AO SILÊNCIO

4.1 A abrangência da expressão <i>preso</i>	110
4.2 O direito ao silêncio das testemunhas.....	112
4.3 A extensão aos depoentes na Comissão Parlamentar de Inquérito e nos processos administrativos	114
4.4 O reflexo na produção das provas	118
4.4.1 Introdução	118
4.4.2 Objeto, sujeito e meios de prova: sua colocação em relação ao argüido.....	121
4.4.3 As intervenções corporais	123
4.4.4 A acareação, o reconhecimento e a reprodução simulada dos fatos	127
4.4.5 Exames periciais e o teste de alcoolemia.....	130

CAPÍTULO 5

O SILÊNCIO NO ÂMBITO PENAL SUBSTANTIVO

5.1 Condutas não tuteladas pelo direito ao silêncio	137
5.2 Reflexos da colaboração espontânea do acusado na instrução	140

CONCLUSÃO	144
------------------------	-----

BIBLIOGRAFIA	149
---------------------------	-----

INTRODUÇÃO

Silenciar é simplesmente abster-se de falar. No âmbito processual penal, o silêncio assume contornos próprios, decorrentes da lógica de seus princípios norteadores. Nele, quem cala não está a aceitar a imputação, mas a usufruir de uma opção natural de autodeterminação e defesa.

O silêncio do argüido traduz-se como exercício do direito à individualidade e personalidade, fulcrado no denominador maior que é a dignidade da pessoa humana, norteadora das relações interpessoais e da relação Estado-indivíduo.

É corolário do princípio contra a auto-incriminação traduzido pela máxima latina *nemo tenetur se detegere* (ninguém está obrigado a se descobrir), expressado também por *nemo tenetur seipsum accusare* (ninguém está obrigado a se acusar), *nemo testis seipsius* (ninguém é testemunha de si mesmo), *nemo tenetur prodere seipsum, quia nemo tenetur detegere turpitudinem suam* (ninguém está compelido a depor contra si próprio, porque ninguém é obrigado a revelar a sua torpeza), *nemo tenetur contra se facere* (ninguém é obrigado a agir contra si mesmo), impeditiva que o silêncio possa ser interpretado em desfavor de quem o exerce.

Depois de previsto no Código de Processo Penal de 1941, o silêncio elevou-se à categoria de direito e garantia fundamental individual na Constituição Federal de 1988 no artigo 5º, inciso LXIII. O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos prevêem a prerrogativa a toda pessoa de não ser obrigada a depor contra si mesma.

Enquanto a liberdade de expressão sempre foi sinônima do exercício de democracia, calar nem sempre significou liberdade de opção como exercício da preservação da intimidade. O silêncio do interrogado já foi interpretado como assunção da culpa delitiva e o sentido do silenciar sofreu grandes vicissitudes no decorrer dos tempos.

Inicialmente, a pesquisa focou-se na origem do direito ao silêncio e nas transformações de sua interpretação ao longo da história até chegar aos dias atuais, bem como no modo de proceder ao interrogatório do imputado. A bibliografia aponta que em longínquos tempos já vigorava o direito de calar. O direito bíblico do antigo testamento, mais precisamente o Talmude, já o contemplava em suas passagens. Bem mais tarde, no século XVI, o privilégio contra a auto-incriminação teve aplicação no direito anglo-saxão - considerado a origem moderna de tal direito – como reação ao juramento de dizer a verdade então obrigatório nas Cortes britânicas.

O silêncio do interrogado teve pequena existência do direito canônico, no qual prevaleceram o juramento e a prática da tortura. A evolução social e cultural do século XVIII desencadeou uma nova mentalidade e as práticas cruéis não eram mais toleradas. Como herança do direito saxão, a Quinta Emenda à Constituição norte-americana, de 1791, fonte inspiradora da previsão normativa do direito ao silêncio a partir de então, inclusive a pátria, especificou de forma clara que nenhuma pessoa será obrigada a depor contra si própria em processo criminal. Por isso, a pesquisa também se ateve à evolução do instituto naquele país. Ainda, percorreu-se a legislação sobre o interrogatório desde a época da colonização nacional até os dias de hoje.

No segundo capítulo, a abordagem revestiu-se de cunho constitucional, reforçando o direito ao silêncio como axioma, relacionando-o com outras garantias constitucionais intrinsecamente ligadas ao seu exercício, quais sejam, a intimidade, a presunção de inocência, o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, o direito à informação e a proibição de provas ilícitas.

O capítulo seguinte estudou o interrogatório propriamente dito, em suas especificidades previstas no caderno processual penal, bem como na obrigação da sua realização de sob o ponto de vista da voluntariedade do interrogado e conseqüências, e nos diferentes enfoques de acordo com o momento procedimental de sua realização. Foram discutidas questões relativas ao interrogatório da pessoa jurídica e sobre o direito de presença no interrogatório face às atuais tendências de otimização processual versus direitos e garantias individuais, cotejado com projetos de reforma normativa.

O direito ao silêncio não se restringe tão-somente ao *preso*, expressão utilizada na previsão constitucional. Sua incidência é mais larga e mais numerosos são seus titulares. Esse ponto é concentrado no capítulo quarto que adentra ainda nos reflexos que o privilégio contra a auto-incriminação produz na colheita das provas enquanto exercício de preservação da interioridade ao calar e abster-se de agir.

O último capítulo mostra as condutas não abrangidas pelo direito ao silêncio no âmbito penal, classificadas como fato típico, e quais os benefícios que a atitude inversa de falar e colaborar na produção das provas contrárias a si podem produzir no processo.

Foram estudados em separado o direito ao silêncio e o interrogatório, porém, preservando o liame entre os dois institutos. O eixo central da temática está voltado para a relação preservação do interesse social e coletivo e a efetividade dos direitos e garantias fundamentais no Estado Democrático de Direito, permitindo as conclusões encartadas na parte final da estrutura pós-textual.

CAPÍTULO I

ORIGEM E EVOLUÇÃO HISTÓRICA

SUMÁRIO: 1.1 O direito hebreu. 1.2 O direito romano. 1.2.1 A influência do direito germânico. 1.3 A jurisdição eclesiástica. A inquisição. 1.4 Idéias humanizadoras. 1.5 Direito anglo-saxão. 1.5.1 O direito inglês. 1.5.2 O direito norte-americano. 1.6 O direito luso-brasileiro e brasileiro. 1.7 Regramento atual.

1.1 O DIREITO HEBREU

A passagem mais remota do direito ao silêncio e da proibição da auto-incriminação que se tem notícia está no direito hebreu, precisamente no Talmude,¹ baseado no Deuteronômio,² um dos cinco livros do Pentateuco (Gênesis, Êxodo, Levítico, Números e Deuteronômio), pertencente ao Antigo Testamento da Bíblia. O Talmude foi o resultado da interpretação dada pelos rabinos das leis escritas e orais, inicialmente em Jerusalém, cerca do ano de 350-400, e depois na Babilônia, cerca do ano 500 (GILISSEN, 1995, p. 69). Como relata Nucci (1999a, p. 136), “O povo hebreu foi o primeiro do Oriente que consagrou o interrogatório como meio de defesa, pois via na admissão da culpa, uma flagrante contrariedade à natureza”.

Segundo suas escrituras, “Uma só testemunha contra ninguém se levantará por qualquer iniquidade, por qualquer pecado, seja qual for o pecado que pecasse: pela boca de duas testemunhas, ou pela boca de três testemunhas” (XIX, v. 15).

Esse era um princípio fundamental que dominava o processo hebreu: somente com a palavra de duas ou três testemunhas o caso seria julgado. Dentre outras garantias, a legislação mosaica, que já protegia contra o falso testemunho, firmou também os seguintes princípios: não haver prisão preventiva; não ser o

¹ Talmude significa conhecimento, estudo que é o mandamento mais importante na vida judaica. Inclui normas práticas chamadas Halakhá, e os ideais, emoções e valores que a sustentam, chamados Agadá (FALK, 1988, p.11; TEDESCO, 2001, p. 34).

² Segundo estudos, o Deuteronômio “é uma consolidação das antigas leis, passadas pelo crivo da experiência de Moisés que delas extraiu aquilo que lhe pareceu mais adaptável, acrescentando-lhe normas mais positivas e concepções mais estáveis” (ALTAVILA, 1963, p. 18).

acusado submetido a interrogações ocultas, pois segundo os rabinos, ninguém poderia ser condenado baseado somente na sua confissão; ninguém poderia ser condenado pelo depoimento de uma única testemunha, nem por conjecturas (ALMEIDA JÚNIOR, 1959, p. 21). No dizer de Falk,

O Direito Talmúdico não permite a condenação de um criminoso baseado na sua confissão, mas exige o testemunho de duas pessoas. Esta é uma excelente proteção contra o uso da força e da tortura nos processos criminais. Entretanto, o Direito Talmúdico recomenda que o criminoso, depois da condenação e antes da execução, faça sua confissão. [...] a confissão era necessária para obter o perdão divino ou para assegurar aos juízes que eles não haviam cometido erro judicial. (FALK, 1988, p. 75).

As partes não eram reconhecidas como testemunhas e a Corte tirava suas conclusões sobre a forma de apresentação do acusado, mesmo antes de chegar ao estágio das provas (FALK, 1988, p. 79). O dever de falar a verdade cabia somente às testemunhas. Quando o acusado comparecia perante os *anciãos da cidade* ou perante o *Tribunal dos Vinte e Três*³ em Jerusalém, eram-lhe lidas as peças do processo e apresentadas as testemunhas de acusação, que ouviam a advertência do presidente. Infere-se que o acusado tinha o direito de mentir e jamais poderia ser condenado somente pela sua confissão, sendo-lhe permitido silenciar.

O povo essênio evitava fazer juramentos, mesmo para afirmar a verdade. Outra regra do Direito Talmúdico era a presunção de inocência nos casos criminais segundo a máxima: “ao julgar uma pessoa, incline-se para a suposição de inocência” (FALK, 1988, p. 86).

No âmbito criminal, o Direito Talmúdico perdeu sua validade em meados do século I (FACCIOLA, 2005, p. 45) com a dominação romana, e exerceu grande influência no direito canônico, pois têm a mesma fonte, ou seja, a Bíblia.

³ Havia três tribunais na Palestina, constituindo três graus de jurisdição: o tribunal dos Três, o dos Vinte e Três e o Sinédrio. O primeiro era instituído às portas de cada cidade e composto por três juízes; conheciam de alguns delitos e de todas as causas de interesse pecuniário. Suas decisões eram apeláveis para o tribunal dos Vinte e Três, que conhecia dos processos puníveis com pena de morte e estava presente em todas as vilas cuja população ultrapassasse cento e vinte famílias. O tribunal supremo era o Sinédrio, composto por setenta juízes, cuja competência era interpretar as leis, julgar senadores, profetas, chefes militares, as cidades e tribos rebeldes (ALMEIDA JÚNIOR, 1959, p. 18).

1.2 O DIREITO ROMANO

No antigo direito romano, precisamente durante a monarquia, vigorou a *cognitio* (conhecimento espontâneo), em que bastava a notícia de um crime para que o juiz investigasse e após julgasse. Dispensava-se a acusação e não havia oportunidade para a declaração do acusado. Tinha o magistrado plenos poderes na pesquisa da verdade dos fatos (ALMEIDA, 1973, p. 47). Nos últimos séculos da República, este procedimento começou a parecer insuficiente. Por ser escasso de garantias, principalmente para as mulheres e para os não cidadãos, e não depender de provocação, transformou-se em perigosa arma política nas mãos dos magistrados, como relata Manzini (1951, p. 5).

Passou a vigorar, então, o sistema acusatório.⁴ No princípio, a acusação – *accusatio* - cabia ao ofendido ou a seus parentes. Mais tarde foi estendida a qualquer do povo.⁵ O acusador era investido de poderes para investigar. Procedia inspeções locais, notificava e inquiria testemunhas e apreendia documentos. Ao acusado lhe era permitido acompanhar as investigações, interrogar e contraditar as testemunhas, possibilitando-lhe verificar a legalidade dos atos, bem como preparar a defesa com o conhecimento prévio das investigações. Era ouvido em interrogatório depois de notificado a comparecer perante o pretor. Se confessasse o crime, ficaria preso até a data do julgamento; se negasse a acusação, poderia ficar em liberdade mediante o pagamento de uma caução (NUCCI, 1999a, p. 137).

O sistema da acusação gerou injustiças porque passou a admitir que um quarto da multa aplicada ao condenado fosse destinado ao acusador. Além disso, conforme relata Grinover (1982, p. 30), o acusado que não tivesse meios de obter

⁴ No ensinamento de Almeida Júnior (1959, p. 226), no sistema acusatório há uma acusação no ingresso da instrução, instrução contraditória, defesa livre e debate público entre acusador e acusado; no inquisitorial procede-se a pesquisas antes de qualquer acusação, substitui à defesa o interrogatório do réu, ao debate oral e público as confrontações secretas das testemunhas e, em geral, a instrução escrita e secreta ao invés de verbais. No sistema acusatório procura-se levar o juiz à convicção da criminalidade, enquanto no inquisitório propõe-se a fornecer ao juiz indícios para que a presunção transforme-se em realidade. Ainda sobre o sistema acusatório: “autor e réu encontram-se em pé de igualdade, sobrepondo-se a ambos, como órgão imparcial de aplicação da lei, o titular da jurisdição, ou juiz” (MARQUES, J., 1998, v. 1, p. 70-71).

⁵ Excetuados o magistrado, a mulher, o caluniador assim julgado, o indigente, e dependia, ainda, do caráter delituoso do fato e de ter subscritores (ALMEIDA, 1973, p. 47).

um defensor via-se à mercê dos acusadores e da parcialidade das provas. A acusação passou a ser um meio de despotismo e opressão (TOURINHO FILHO, 2003, v. 1, p. 81), bem como a causar sérios inconvenientes determinados pela intenção de vingança dos acusadores.

Com a queda da República e início do período imperial, a *accusatio* perdeu sua forma original. A punição para a tergiversação e para o acusador calunioso tornou-se bastante severa. Isso afugentou a ação dos acusadores e gerou a impunidade de muitas infrações penais. Neste passo, houve a necessidade da intervenção estatal para controlar a criminalidade e assegurar a segurança da população, prescindindo-se da intervenção do acusador.⁶ De outro lado, reforçou-se a idéia da centralização do poder.

A investigação passou à ação de funcionários públicos através de uma polícia a cargo do Estado, que transmitia ao magistrado o resultado de suas *quaestiones*. O juiz, nomeado pelo imperador, começou a agir *ex officio* e a acusação e defesa concentraram-se numa só pessoa. Iniciou-se o chamado processo penal extraordinário, impulsionado pela busca de um modelo mais idôneo que depois culminou com a prevalência do sistema inquisitivo. Esse procedimento extraordinário introduziu a tortura⁷ nos institutos processuais romanos, que recebeu o nome de *quoestio*. Com muita propriedade nos lembra Manzini:

Por largo tempo a tortura foi estranha ao processo penal romano, entretanto estava em uso por todas as partes, inclusive na Grécia. Introduzida primeiramente em relação aos escravos, começou a aplicar-se, no baixo Principado, também aos cidadãos e aos livres de toda nação. [...] A tortura era aplicada por oficiais do tribunal: a direção correspondia ao *quaesitor* e a execução ao *tortor* (Cód. Th., 9, 12, 1). A primeira que se admitiu em Roma foi a tortura do imputado. [...] A reação contra o aberrante instituto se afirmou já nos primeiros séculos do Império por obra especialmente dos apologistas cristinianos. Justino, por exemplo, em suas apologias do Cristianismo (150-160, era cristiniana), disse que quando os acusadores arrancam com tortura contra os escravos, as mulheres ou as crianças cristãos a confissão de homicídios e de antropofagia,

⁶ Como era determinação do Digesto (AZEVEDO, L., 2004, p. 50).

⁷ Segundo Tourinho Filho (2003, p. 81), a princípio, torturava-se o réu e depois, não só o ele como também as testemunhas para que falassem a verdade. A tortura também foi utilizada pelos visigodos, constituindo-se em meio de prova nos casos de crimes graves tais como o de lesa-majestade, traição e homicídio atroz aos nobres (PIERANGELLI, 1983, p. 68). De acordo com Grinover (1982, p. 29), no sistema ateniense já se encontravam traços de tortura, não tendo nascido no sistema inquisitivo que apenas a exasperou.

não obtinham com ela a prova de tais ritos criminais. (MANZINI, 1951, p. 8, tradução nossa).

Como o emprego da tortura passou a ser a tônica, não era admitido o silêncio do réu. O interrogatório era exclusivamente meio de prova. No processo, o réu não poderia ser julgado à revelia, exceto no caso de crimes menos graves, punidos com penas leves. As provas deveriam ser conservadas aguardando-se o encontro do acusado. Como afirma Nucci (1999a, p. 138), a contumácia do réu não tornava certos os fatos alegados pela acusação, não havendo a confissão tácita ou presumida. Neste período, a confissão era considerada a *rainha das provas*.

1.2.1 A influência do direito germânico

Com as invasões bárbaras foram introduzidos muitos institutos do direito germânico ao romano que sofreu suas influências, tornando-se um misto de ambos. O primário sistema bárbaro era acusatório. Distinguia-se o processo público, em que a justiça era administrada por uma assembleia presidida pelo rei, do procedimento privado. Neste, a acusação cabia ao ofendido e seus herdeiros e naquele, a iniciativa era tarefa de funcionários públicos escolhidos para o caso. O ofendido convocava a assembleia e buscava-se a solução da controvérsia imediata e oralmente, momento em que as partes deveriam produzir suas provas, prestar juramento e quase sempre partirem para o duelo judiciário⁸ quando os julgadores não fossem aptos a decidir.

A confissão tinha extremo valor, como pontua Tourinho Filho:

Se o réu confessasse, seria condenado. Feita a acusação, era o réu citado para comparecer ante a Assembleia. O ônus da prova, diz Pertile, não incumbia ao autor, mas sim ao réu, que devia demonstrar sua inocência, sob pena de ser condenado. (TOURINHO FILHO, 2003, v. 1, p. 81).

⁸ Quanto ao duelo judiciário, “existiu em quase todos os países da antiguidade e da idade média e vigorou na Europa durante todo o período do feudalismo. Fundava-se na crença de que Deus, sendo infinitamente justo, não permitiria que da luta ou do combate travado entre os dois litigantes saísse vencedor aquele que pleiteava uma pretensão infundada e injusta e vencido aquele de cujo lado estavam o direito e a razão. Tendo sido suprimido por S. Luiz, na França, em 1270, foi o combate judiciário muitas vezes anatematizado pelos papas e, afinal, como as ordálias, completamente abolido.” (ALMEIDA, 1973, p. 48-49, nota 4).

A prova do crime era realizada de forma supersticiosa através dos juramentos de dizer a verdade e das ordálias⁹ ou *Juízos de Deus*. Na expressão de Grinover (1982, p. 32), trocou-se a lógica pelo critério de apuração da verdade pela prevalência física.

Neste sistema, além dos juízos de Deus e do juramento, admitiam-se como prova as testemunhas e os tormentos. Quanto ao juramento, esta prova baseava-se na crença de que Deus, conhecendo o passado, podia castigar aquele que jurasse falsamente. Assim, se o réu jurasse não haver cometido o crime de que era acusado poderia ter tal afirmação fortalecida pelos juízes, que declaravam ser ele incapaz de afirmar falsamente (TOURINHO FILHO, 2003, v. 1, p. 81).

Aquele que não tinha condições físicas para fazer prevalecer seu direito e tampouco financeiras para utilizar as forças alheias, bem como devido à falta de confiança nas Justiças da Corte Senhoris, viu-se a migrar para a jurisdição eclesiástica (GRINOVER, 1982, p. 32).

Com a integração e receptividade de regras, sucederam-se as *leges barbarorum*, onde o antigo direito consuetudinário recepcionou os preceitos extraídos do direito romano, com a conseqüente opção pelo processo inquisitivo (AZEVEDO, L., 2004, p. 50).

Como relata Almeida Júnior (1959, v. 1, p. 53), os visigodos foram bastante influenciados pela autoridade moral dos bispos e pela superioridade das leis romanas. Tanto que no ano 506, Alarico mandou formar o *Breviarium*, extrato das leis contidas nos Códigos Gregoriano, Hermogeano e Teodosiano, de algumas Novelas, das Institutas de Gaio e das Sentenças de Paulo. Mais tarde, em 693, o rei Egica apresentou aos bispos o Código Visigótico ou *Fórum Judicium*, depois traduzidas para o espanhol sob o título de *Fuero Jusgo*.

⁹ Ensina Canuto Mendes de Almeida (1973, p. 12) que “Sob a denominação de *ordálias*, também chamadas *juízos de Deus*, incluíam-se certas provas, rudes, penosas e muitas de caráter mortal, a que eram submetidos os acusados ou os litigantes e das quais deviam estes, por graças ou intervenção divina, sair com vida, incólumes, ou ilesos no caso de serem inocentes, ou de terem seu lado o bom direito. [...] Havia diversas espécies de ordálias: as principais eram as seguintes: 1ª) a provas das bebidas amargas; 2ª) a do veneno; 3ª) a do fogo; 4ª) a da água; 5ª) a da cruz; 6ª) a das serpentes; 7ª) a do cadáver”. O termo *ordel* vem do alemão *Urtheil* que significa decisão.

1.3 A JURISDIÇÃO ECLESIAÍSTICA. A INQUISIÇÃO.

Com a conversão de Constantino em 313, o cristianismo passa a ser tolerado em Roma e, em 380, torna-se religião oficial. Os imperadores romanos passaram a punir o paganismo¹⁰ e as heresias.¹¹ É criado o crime de lesa-majestade divina,¹² punido severamente. Esses textos acabaram sendo incluídos no código Teodosiano e no Justiniano, influenciando o Direito nos séculos posteriores (GONZAGA, 1993, p. 93).

O soberano tinha todos os poderes como representante de Deus, inclusive a autoridade judicial. Crime e pecado confundem-se. Dividia-se a justiça em litígio público, quando o acusador era o soberano, e privado, quando o acusador era o particular. Segundo o modelo de Hobbes (1988, p. 95), não poderia haver mais de um soberano no Estado, mas somente um reino e um poder estar subordinado ao outro, qual seja, o espiritual ao civil.

Com o declínio do Império Romano, a justiça feudal atinge o apogeu. Nela, o senhor da terra tinha a jurisdição sobre as pessoas que nela viviam; o interesse na punição era apenas da vítima. O sistema era o acusatório, o procedimento público, oral e formalista. A queixa era formulada oralmente perante uma assembléia presidida pelo senhor feudal ou seu representante e, em seguida, o acusado a respondia, equivalendo seu silêncio à confissão. No caso de provas insuficientes, aplicava-se o duelo ou as ordálias que muitas vezes levavam à confissão para evitar a dor.

Devido aos abusos dos senhores feudais, o Império concede aos bispos o poder de fiscalizar o respeito ao tratamento humanitário aos presos e no ano 850, uma compilação de textos canônicos procura proteger os fiéis dos abusos dos senhores feudais (COUCEIRO, 2004, p. 41).

¹⁰ Paganismo é “a crença nos falsos deuses, com seu séquito de ritos, práticas, costumes e usos negativos e condenáveis” (DI BERARDINO, 2002, p. 1059)

¹¹ Entende-se por heresia a “[...] Negação ou dúvida pertinaz de uma verdade que deve ser crida com fé divina e católica” (SALVADOR; EMBRIL, 1993, p. 364).

¹² Considerado um sacrilégio perante a Igreja, trata-se de “crime contra o rei ou membro da família real ou contra o soberano de uma nação” (DINIZ, 2005, p. 1.149).

Inicialmente, a Justiça da Igreja aplicava-se somente ao clero, com caráter disciplinar para purgar a falta cometida. A apuração dos fatos era secreta. O ponto vital concentrava-se na confissão do réu, pois constituía indício de arrependimento para a obtenção da almejada regeneração (GONZAGA, 1993, p. 24). Sobre esse período, registra Grinover que:

A jurisdição eclesiástica havia se criado com base na missão confiada a funcionários públicos e a bispos do Imperador Justino, para fiscalizar a administração da Justiça nas províncias; quase contemporaneamente, reconheceu-se à Igreja o direito de julgar o clero, num primeiro tempo apenas para fins religiosos e sem qualquer jurisdição temporal. Aos poucos, porém, a Igreja estendeu sua jurisdição, acabando por ocupar-se, objetivamente, de qualquer matéria que concernisse à fé, ainda que prevista por leis comuns, e, subjetivamente, também de leigos que de qualquer forma tivessem relação com a Igreja (Cruzados, Tonsurados). (GRINOVER, 1982, p. 33).

Era o início do domínio da influência canônica no processo penal. O procedimento iniciava-se através da acusação (*denuntiatio*) de qualquer fiel. O acusador apresentava aos Bispos, Arcebispos ou Oficiais encarregados de proceder a função jurisdicional, a acusação por escrito e as respectivas provas. Era defeso processar o acusado ausente.

Sob tal contexto, surgem várias correntes heréticas.¹³ Diante dessa expansão e de seus resultados, os governantes e o clero sentem sua impotência para resolver o agravamento deste mal. A Igreja inicia a tomada de providências sérias e paulatinamente se investe em atitudes mais enérgicas.

Neste diapasão, Almeida Júnior colaciona que:

O clero, ampliando os privilégios de sua ordem, seguindo o espírito do Decreto de Graciano, impondo-se às camadas inferiores como pretores dos oprimidos contra os senhores feudais leigos, impuseram também pouco a pouco as formas canônicas. Cresciam as liberdades e imunidades da Igreja, não só em relação às coisas, como às pessoas; e, assim, os delitos dos clérigos e até dos simples tonsurados foram sujeitos às jurisdições eclesiásticas. (ALMEIDA JÚNIOR, 1973, p. 67).

¹³ Valdenses, maniqueus e cátaros.

O Direito Canônico¹⁴ previu inicialmente algumas garantias como, por exemplo, a proibição do processo contra o ausente (*Nec absente eo quem accusare voluerint, quibuslibet accusare permittatur* – Decreto de Graciano, Causa II, quaest 8, cap. I). Previu também a proteção contra a auto-incriminação segundo o regramento “*nemo tenetur prodere seipsum, quia nemo tenetur detegere turpitudinem suam*” (ninguém pode ser compelido a depor contra si próprio, porque ninguém é obrigado a auto-incriminar-se); ou ainda, de acordo com as seguintes palavras no dizer de Tedesco (1997, p. 265): “Eu não te digo que se incrimine a si mesmo publicamente nem se acuse você mesmo diante os outros”.

Após o depoimento das testemunhas, falavam os defensores. Para a prolação da sentença eram necessárias a confissão do acusado ou a afirmação de pelo menos duas testemunhas (*confessus aut convictus*). Graciano¹⁵ restringiu os tormentos, mesmo em relação aos escravos, o que já tinha feito Diocleciano (L. 8 Cod. de quaest.; L. 10 Cod. Theod., de accusat) (ALMEIDA JÚNIOR, 1059, p. 49).

No século XIII, os eclesiásticos passaram a ter a iniciativa das investigações. O Papa Inocêncio III, em 1216, com o quarto Concílio de Latrão, firmou o método da *inquisitio* através da sua *Decretal*, segundo o princípio “*tribus modis procedi potest: per accusationem, per denuntiationem, per inquisitionem*” (Decretais, de Inocêncio III, V, tít. I, cap. XXI e XXX). Foi então firmado como meios de iniciar o processo, além da acusação, o inquérito e a denúncia, a fim de acabar com os abusos dos senhores feudais. Para reformar os costumes do clero, o Papa formulou os princípios do sistema inquisitório¹⁶. Objetivava-se obter a confissão para que o acusado pudesse regenerar sua alma e alcançar o perdão divino. Com o novo

¹⁴ O *Corpus Iuris Canonici* é codificação composta de cinco partes, redigidas do século XII ao século XV: o Decreto de Graciano (cerca de 1140), as Decretais de Gregório IX (1234). O Livro Sexto (1298), as Clementinae (1314), as Extravagantes de João XXII (1324) e as Extravagantes Comuns (século XV).

¹⁵ Graciano foi um monge professor de teologia em Bolonha e lá redigiu seu *Decretum* visando a estabelecer uma coordenação entre os cânones discordantes, pela comparação e classificação dos textos de acordo com o seu valor jurídico, por disposições de tempo, de lugar, por exceções aos princípios, de acordo com a necessidade prática. Foi influenciado pela dialética dos primeiros escolásticos. Acrescentou a cada conjunto de documentos sobre uma questão determinada, o *dictum*, um breve comentário pessoal propondo uma solução para as contradições constatadas (GILISSEN, 1995, p. 147).

¹⁶ Conforme GONZAGA (2003, p. 24), esse sistema tem como características: “a autoridade dispõe de poderes para, por sua iniciativa, encetar uma ação penal; liberdade do juiz para colher as provas que entenda necessárias; procedimento secreto, em que avulta o interesse em obter a confissão do réu”.

método, foram proibidos as ordálias e o duelo judiciário que vinham sendo amplamente praticados.

A Inquisição consolida-se oficialmente em 1231, por bula do papa Gregório IX, impondo pena aos heréticos. Teve início o Tribunal do Santo Ofício na França, estendendo-se a outros países europeus como Alemanha, Portugal, Espanha. Uniram-se dois poderes, a Igreja e o rei.¹⁷

Em implacável constatação, Gonzaga afirma que

Através da Inquisição, unem-se mais fortemente os dois Poderes e reafirma-se a doutrina política baseada na idéia das “duas espadas”: a da Igreja e a do rei, delegadas ambas por Deus para o exercício da autoridade nas duas esferas, espiritual e temporal, com supremacia da primeira. Tanto a Justiça comum como a canônica devem trabalhar conjugadamente, somando esforços no sentido de manter a fé, a ordem e a moralidade públicas. (GONZAGA, 1993, p. 97-98).

A jurisdição eclesiástica ganhou competência para o julgamento dos delitos que direta ou indiretamente afetassem a fé religiosa, absorvendo os crimes comuns da competência secular, prevalecendo a prevenção.

A Igreja antiga sempre foi contrária à utilização de violência nas investigações criminais. Mas com o fim de combater os hereges, o Papa Inocêncio IV, em 1252, através da bula *Ad extirpanda* introduziu ao Direito Canônico a tortura, mas com algumas cautelas, pois o objetivo era o de converter e salvar.¹⁸ Essas condições eram sem dúvida muito mais brandas que as empregadas na Justiça secular. Uma vez adotado pela Igreja e pelo Juízo secular o sistema “das provas legais”, em que avulta a obtenção da confissão para a condenação, o emprego da tortura predominou.

¹⁷ Sobre a comunhão de poderes, “a jurisdição penal se dividia, segundo a qualidade dos delitos ou das pessoas, entre juízes seculares e juízes eclesiásticos. Submetiam-se a este últimos os crimes de heresia, de sacrilégio, de blasfêmia e similares mas em alguns lugares o foro eclesiástico pretendiam julgar também o crimes de bigamia, adultério, etc. Os clérigos eram julgados por tribunais eclesiásticos qualquer que fosse o crime cometido, ou pelo menos, eram primeiro degradados pelos magistrados eclesiásticos e remetidos depois ao juiz secular” (MANZINI, 1951, v.1, p. 30, tradução nossa).

¹⁸ Era proibido colocar em perigo a vida do paciente e verter sangue. Além disso, um médico deveria estar presente. A tortura não poderia ser reiterada e a confissão obtida só valeria se confirmada livremente (GONZAGA, 2003, p. 88).

O interrogatório do juízo secular no procedimento inquisitório formal era realizado na presença do juiz, que podia ser seguido ou precedido de tortura¹⁹. A confissão era redigida pelo notário especial *ad confessiones audiendas* ou *ad tormenta*, e se escrevia no *liber confessionum*.

A tortura não se destinava a produzir prova, mas a obter a verdade, retirando qualquer caráter defensivo do instituto do interrogatório. Inclusive, o juiz não deveria informar ao réu a imputação, testemunhos e circunstâncias, para não haver qualquer sugestão. Uma das máximas era “*ludicis interrogantis est felicitas extorquere quod rei noluerunt*” (a felicidade do juiz que interroga está em arrancar o que os réus não quiseram) (MANZINI, 1951, p. 69-70).

Havia o dever de responder afirmativa ou negativamente, não sendo permitido o silêncio. Negando-se a falar, o fato seria anotado e então o imputado podia ser compelido a responder por vários meios, seja com a imposição de uma multa, ou com ameaça de ser considerado confesso, ou lançando-se mão de tormentos, pois se calava a verdade, é porque está agindo com dolo. De outro lado, segundo aponta Manzini (1951, p. 70), alguns jurisconsultos entendiam que se a mentira versasse não sobre o crime mas sobre circunstâncias secundárias, como o nome do lugar de origem, por exemplo, seria permitido mentir.

A confissão era a rainha das provas, a *probatio probatissima*. Sua presença bastava para a condenação e para alcançá-la, recorria-se à tortura. França, Portugal, Espanha e Alemanha adotaram o interrogatório sob tormentos.

Os suplícios eram amplamente aceitos e regulamentados pelo legislador. Aplicavam-se também às testemunhas não merecedoras de fé. Mesmo após a confissão, o juiz ainda podia continuar suplicando o acusado para descobrir outros crimes.

As formas e meios empregados eram os mais variados, ficando ao alvedrio dos executores. Era exigido o juramento de dizer a verdade,²⁰ o *ex officio*, e a recusa

¹⁹ Se a tortura não produzisse nenhum resultado, a falta de êxito explicava-se por suposições supersticiosas (MANZINI, 1951, p. 65).

²⁰ Relata EYMERICH (1993, p. 117) que segundo o *Manual do Inquisidores*, o acusado “deverá, antes de qualquer coisa, jurar dizer a verdade, senão seu depoimento não terá validade. Não deve violar

em prestá-lo significava implícita assunção da culpa. Os tormentos não procuravam levar à morte pois isso impediria o resultado perseguido, ou seja, a confissão.

Na Espanha, a Lei das Sete Partidas²¹ previa que a “questão” poderia ser repetida indefinidamente, até a resistência do acusado e a obstinação do juiz.

O Código Visigótico do direito ibérico, que substituiu o *Fuero Juzgo*, no século XIII, admitia os tormentos do acusado para extrair sua confissão, porém, com aplicação regrada e com certas restrições. Se o acusado tivesse conhecimento prévio da acusação por parte do acusador, aquele não poderia ser submetido a este expediente.

O tratamento aos nobres diferenciava-se: quando o crime não era punido com a pena capital, não poderiam ser submetidos a tormentos caso prestassem juramento. Se o tormentado viesse a morrer por malícia do juiz ou se este fosse subornado, a conseqüência era a punição deste, conforme Pierangelli (1983, p. 32-33).

De acordo com Eymerich (1993, 39-40), o *Manual dos Inquisidores* prescrevia que “todo aquele que não confessa o erro de que tem convicção é um impenitente com toda evidência”. Este era considerado um herege negativo. E continua o manual que “Quem não comparece espontaneamente e confessa que praticou atos heréticos, sempre negando sua adesão intelectual à heresia, será submetido à tortura para que o inquisidor possa formar uma opinião sobre a realidade da adesão mental do acusado” (EYMERICH, 1993, p. 40). O direito de silenciar pertencia somente ao inquisidor quanto à acusação.

Numa crescente, o procedimento inquisitório estendeu-se a toda a Europa, com exceção da Inglaterra, propalando o terror e a severidade, com a tônica da exclusão de qualquer garantia ao acusado. A defesa era tida como um obstáculo à rapidez do processo.

seu juramento e sim restringir-se à pura verdade [...] Deve sempre responder fielmente à pergunta que for feita, considerando os critérios do juiz mais que qualquer coisa”.

²¹ “Na Espanha, depois da *lex romana visigothorum* e de inúmeros fueros locais, houve o código denominado *Fuero Real*, concluído em 1255. Depois, veio a *Lei das Sete Partidas*, que vigorou em 1348.” (PIRAGIBE, 1932, v. 2, p. 11).

A inquisição estendeu-se desde o século XII até início do século XIX. Cresceu e imperou até o século XV, quando foi declinando na maioria dos países, exceto na península ibérica.

1.4 IDÉIAS HUMANIZADORAS

No século XVIII, a partir da Europa continental, filósofos e juristas iniciam um movimento de combate e repúdio ao sistema jurídico-penal e político então vigente. Neste período chamado *Século das Luzes*,²² sobressaem a cultura, as letras, a filosofia, e muitos pensadores exerceram influência considerável sobre o pensamento jurídico. Observa Gilissen (1995, p. 367) que idéias como legalidade das infrações e das penas, direitos do homem, direitos naturais e subjetivos tomaram corpo, dominando a concepção de direito e do Estado.

A ideologia iluminista, que então foi infiltrando-se na sociedade, observa Manoel Gonçalves Ferreira Filho,

concebe o homem como indivíduo, ou seja, como um ser individualizado, com vida e direitos próprios, que não se confunde com a coletividade, nem se funde nesta. Este indivíduo é eminentemente racional, determina a sua vontade por uma razão que não aceita senão o que lhe pode ser demonstrado. Razão, portanto, que rejeita o preconceito, isto é, tudo aquilo que não pode ser explicado objetivamente. (FERREIRA FILHO, 1992, p. 6).

Dentre os pensadores e obras que influenciaram a época estão John Locke (*Governo Civil*, 1690), Montesquieu (*Espírito das Leis*, 1748), Jean-Jacques Rousseau (*Contrato Social*, 1762). Voltaire (*Defesa dos Oprimidos*, 1765), censurou a *Ordenance* de Luiz XIV, pois segundo ele essa lei parecia obrigar o juiz a se conduzir perante o acusado mais como seu inimigo do que magistrado (TOURINHO FILHO, 2002, v. 1, p. 86).

O principal expoente da reforma humanizadora foi Cesare Bonesana, o marquês de Beccaria, com seu livro *Dos Delitos e das Penas*, publicado em 1764 em

²² Pontuando: “O século 18 foi chamado ‘o século da luz’, porque nele a razão superou o dogma” (LYRA, 1956, p. 6).

Milão, abrindo as portas da *Escola Clássica*.²³ Sua obra, como ensina o Prof. Oswaldo Henrique Duek Marques (2000, p. 53), baseada no Contrato Social de Rousseau, insurgiu-se contra o absolutismo e a pena de morte, e sustentou o abrandamento e proporcionalidade das penas. Beccaria foi contra a tortura utilizada na instrução do processo, reservando-lhe duras críticas, bem como contra as atrocidades e desproporcionalidades do direito penal e seu processo.

Entendia Beccaria (1997, p. 122) que é contrário à natureza o réu acusar-se a si próprio.²⁴ Quanto ao juramento de dizer a verdade, afirmou:

Contradição entre as leis e os sentimentos naturais do homem nasce dos juramentos que se exige do réu, para que seja um verdadeiro homem, quando tem o máximo interesse em ser falso. Como se o homem pudesse jurar sinceramente, quando contribui para a própria destruição. (BECCARIA, 1997, p. 69).

Numa crescente, foi neste século também que surgiram as revoluções e regramentos norteadoras dos direitos individuais. Dentre eles, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 da França que trouxe idéias de liberdade, assecuração dos direitos naturais, anterioridade da lei, aplicação de penas necessárias e presunção de inocência.

Sobre a Declaração, ressalta Bobbio que

Os testemunhos da época e os historiadores estão de acordo em considerar que esse ato representou um daqueles momentos decisivos, pelo menos simbolicamente, que assinalam o fim de um a época e o início de outra, e, portanto, indicam uma virada na história do gênero humano. (BOBBIO, 2004, p. 99).

²³ A Escola Clássica, na qual a pena funda-se em duas condições - a inteligência normal e a vontade livre (ARAGÃO, 1928, p. 275), surgiu da necessidade de combater a "situação de violência, opressão e iniquidade, a que chegara a justiça penal na Idade Média e séculos seguintes e que fizera, por fim, a consciência comum da época ansiar por um regime de ordem e segurança" (BRUNO, 2005, p. 49).

²⁴ Pietro Verri (1992, p. 87-88), seu contemporâneo, na luta contra o sistema penal empregado, na obra póstuma *Observações sobre a tortura*, publicada em 1804, argumenta sobre a auto-incriminação: "Se é injusto que um irmão acuse criminalmente o outro, com tanto mais razão será injusto e contrário à voz da natureza que um homem se torne acusador de si mesmo e que as duas pessoas, a do acusador e a do acusado, se confundam numa só. A natureza inscreveu no coração de cada um a lei primária da autodefesa, e a ofensa contra si mesmo e a acusação criminal da própria pessoa constituem ou um ato de heroísmo, quando realizado espontaneamente em alguns casos, ou uma tirania de maior injustiça se, à força de maus-tratos, se quiser obrigar um homem a tanto."

Sem dúvida, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão tornou-se fonte inspiradora para novas legislações baseadas nos direitos universais que repetiram seus principais postulados.²⁵

Não só na Europa continental, mas também na Inglaterra e nos Estados Unidos ecoou e se propagou o vigor do desejo de combater o desrespeito aos direitos individuais impostos pelo Estado. O *Bill of Rights* na Inglaterra em 1689, as Constituições dos Estados americanos em 1776-1777, a Constituição Federal dos Estados Unidos em 1787, a Declaração Francesa dos Direitos do Homem e as Constituições da época da Revolução (1791, 1793, 1795), transpuseram estas idéias políticas e filosóficas para a realidade jurídica (GILISSEN, 1995, p. 367).

Algumas práticas já não eram mais toleradas pela população no século XVIII, como as punições severas para crimes pouco graves e pena mais leve para os abastados, dando lugar a começos de agitação. Como relata Foucault (1984, p. 55), a opinião de pessoas esclarecidas começa a chegar até os magistrados.

A nova mentalidade trouxe mudanças no espírito das leis então vigentes, principalmente a humanização do sistema penal e processual. Na Itália a reação começou quando as torturas e os Tribunais da Inquisição foram abolidos em Nápoles em 1730. Em França, o interrogatório com tormentos (*question préparatoire*) foi abolido em 1780. Um édito de 1788 exigiu que a sentença fosse motivada. Grinover (1982, p. 38) retrata que a Assembléia Constituinte de 1790 pronunciou-se contra o sistema inquisitório e das provas legais, consagrou o sistema do livre convencimento do juiz, introduziu a assistência do advogado, a publicidade das audiências e o juiz natural.

João Mendes de Almeida Júnior (1959, p. 242-243) narra que ainda na França extinguiu-se o sistema inquisitório pela Lei de 8 de dezembro de 1897, que firmou, dentre outros princípios, que: o primeiro interrogatório seria imediato à condução ou prisão; nele, o magistrado verificaria a identidade do indiciado, daria conhecimento dos fatos imputados e receberia suas declarações, mas somente

²⁵ A Declaração da Independência dos Estados Unidos e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão da França, “Influenciadas pelas idéias liberais dos enciclopedistas, [...] afirmavam solenemente que a ignorância, o esquecimento ou o desprezo dos direitos humanos constituem as causas únicas das desgraças públicas” (BATALHA, 1981, p. 151).

depois de adverti-lo de que seria livre para fazê-las ou deixar de fazê-las, devendo constar dos autos a menção a tal advertência; não poderia o imputado ser interrogado na ausência de seu advogado, salvo se renunciasse; o processo deveria estar à disposição do advogado para exame na véspera dos interrogatórios.

A Inquisição só foi abolida em Portugal em 1821 e depois na Espanha em 1834, encerrando um período que durou seis séculos. A Igreja perde então o domínio jurídico sobre o Poder temporal e dá-se a separação entre Igreja e Estado. Desaparecem dos Códigos Penais os crimes religiosos.²⁶ No dizer de Foucault (1984, p. 52), no século XIX procurou-se distanciar a pesquisa da verdade da violência.

1.5 DIREITO ANGLO-SAXÃO

1.5.1 O direito inglês

Considerado fonte moderna do princípio *nemo tenetur se accusare*, o direito inglês foi o nascedouro da fórmula *privilege against self-incrimination* (privilégio contra a auto-incriminação) como garantia. Tal princípio surgiu como reação aos métodos instrutórios cruéis e injustos aplicados contra o suspeito da prática de crime, então empregados na *common law*,²⁷ visando à admissão da culpa.

Na Inglaterra, a partir dos anos 1200, as cortes eclesiásticas admitiam o juramento da própria inocência se confirmado por certo número de pessoas para a absolvição. Como narra Nucci, por influência da Magna Carta²⁸ de 1215,

²⁶ Com grande propriedade, sobre a inovação na produção das provas afirma Lyra (1965, p. 106): “Depois das provas religiosas, políticas ou morais, surgem as provas científicas, as perícias propriamente ditas com base em dados experimentais colhidos, examinados e interpretados, segundo método positivo”.

²⁷ *Common Law* é o sistema jurídico elaborado na Inglaterra a partir do século XII (Baixa Idade Média) pelas decisões das jurisdições reais, para designar o direito comum da Inglaterra, por oposição aos costumes locais, próprios de cada região. Impôs-se na maior parte dos países de língua inglesa, notadamente Estados Unidos, Canadá e Austrália (GILISSEN, 1995, p. 207). É um direito jurisprudencial e mantido graças à autoridade dos precedentes judiciais. A legislação tem uma função secundária ao lado do *common law*. Sofreu pouca influência do direito romano, diferentemente da Europa Continental.

²⁸ O artigo 47 da Magna Carta (1215) já previa que “nenhum bailo ou outro funcionário poderá obrigar a quem que seja a defender-se por meio de juramento ante sua simples acusação ou testemunho, se não for confirmado por pessoas dignas de crédito”. A coação de um funcionário para que alguém

Desde logo compreenderam os ingleses que a tortura não era o caminho ideal para a busca da verdade, nem tampouco o interrogatório deveria ser obrigatório, pois o direito de defesa era parte inerente ao *due process of law*. (NUCCI, 1999a, p. 139).

Mas, por influência do Papa Inocêncio III, instituiu-se o juramento *ex officio* (*jusjurandum de veritate dicenda*) que implicava no interrogatório ativo do acusado. Na prática, o procedimento significava que o indivíduo podia ser chamado perante a corte e ter de responder a um amplo interrogatório sobre assuntos pessoais, sem interesse para o processo.

Essa prática foi adotada em outras cortes britânicas: a *Star Chamber*²⁹ e as *Courts of High Commission*.³⁰ Nelas, exigia-se do acusado o juramento *ex officio* mesmo que não houvesse nenhuma prova contra ele e, assim, seu testemunho convertia-se na origem do próprio processo. Para aqueles considerados hereges e de pensamentos ideologicamente *perigosos*, as provas contra si eram obtidas recorrendo-se à tortura para extorquir a confissão. Nos juízos criminais esperava-se do acusado uma participação ativa nos procedimentos em seu detrimento, ou seja, a auto-incriminação e o juramento (TEDESCO, 1997, p. 266-267).

Seus opositores advogavam simplesmente que uma pessoa não poderia ser posta em julgamento e compelida a responder perguntas em seu detrimento, salvo se houvesse antes sido regularmente acusada pelo grande júri. A idéia rapidamente se propagou, especialmente depois do ano 1660 quando seus corolários passaram a ser incorporados (CORWIN, 1986, p. 259).

Embora a Coroa se esforçasse em generalizar as práticas inquisitivas, encontrou resistência dos tribunais de direito comum. Em 1568 o juiz Dyer, presidente da *Court of Common Pleas*, concedeu uma ordem de *Habeas Corpus* libertando um prisioneiro que foi forçado a fazer um juramento, justificando sua objeção com a máxima *nemo tenetur seipsum prodere* (ninguém poderá ser forçado a produzir evidência contra si mesmo).

prestasse o juramento, ocasionaria a condenação antecipada, pois o juramento constituía parte importante em qualquer processo (ALTAVILA, 1963, p. 124).

²⁹ Conselho privado do rei surgido à época de Eduardo III, e que a partir do século XVI começou a funcionar como tribunal, exercendo jurisdição discricionária em matéria criminal, especialmente em assuntos de maior interesse para a coroa (FRAGOSO, 1977, p. 96, nota 42).

³⁰ Corte eclesiástica que punia os erros, heresias e cismas, mas tinha o poder de infligir castigos temporais.

A convergir, o *Sir Edward Coke*³¹ também protagonizou muitas batalhas judiciais em defesa do direito de não se auto-incriminar. Julgou o famoso caso do editor John Lilburne, interrogado na *Star Chamber* em 1637, que se negou a responder e por isso foi condenado, mas ao final absolvido em sede de recurso.³² O Parlamento, em 1641, diante dessas circunstâncias, aboliu as *Courts of High Commission* bem como a *Star Chamber*, proibindo a aplicação do juramento *ex officio* durante a investigação das causas penais, abrindo caminho para privilégio contra a auto-incriminação nas cortes eclesiásticas inglesas.

Neste mesmo ano, foi solenemente afirmado no Estatuto de Carlos I o princípio proibindo a auto-incriminação. Em 1696, através do *Treason Act*, criou-se o dever de dar cópia da acusação e permitir a assistência de advogado - tornando o privilégio contra a auto-incriminação possível. Em 1700, entendeu-se que a extração de uma resposta não livre não era correta.

Finalmente, o *Criminal Evidence Act* de 1898 reconhece ao acusado, no curso do processo, o direito ao silêncio e a faculdade de depor informalmente. Mas também lhe assegura a faculdade de depor como testemunha de defesa, sob juramento e sujeito aos riscos da *cross examination*.³³

A possibilidade de depor sob juramento acaba por tirar valor às declarações prestadas informalmente, lançando suspeitas sobre o réu que não utiliza a faculdade de depor como testemunha. Desta forma, a garantia do direito ao silêncio perdeu

³¹ Edward Coke foi solicitador geral e, em seguida, promotor-geral sob Elizabeth, Presidente dos Pleitos Comuns (*Common Pleas*) e mais tarde do Tribunal do Rei sob Jaime I. Começou a advogar em 1578. Tomou assento no Parlamento de 1621 a 1628 e se tornou notável pela oposição política a Jaime I e Carlos I. Assumiu papel importante contra os monopólios reais, as concessões ilegais e outros abusos. Sua discordância levou-o a prisão por sete anos. Depois, no terceiro Parlamento de Carlos I, conseguiu a aprovação da Petição de Direitos (POUND, 1965, p. 38).

³² Lilburne negou a responsabilidade e quando perguntado sobre outros temas, negou-se a responder. Recusou-se a prestar o juramento exigido argumentando que este “era um pecaminoso e ilícito juramento... contrário a prática do próprio Cristo... contrário à mesma lei da natureza, porque esta tende a preservar-se a si mesma”. Por esta razão, foi multado, torturado e condenado. Em 3 de novembro de 1640, apresentou uma petição e foi posto em liberdade. A Câmara dos Comuns, em 4 de maio de 1641 decidiu que “a sentença da *Star Chamber* contra John Lilburne é ilegal e contrária à liberdade da pessoa; e também sangrenta, cruel, malvada, bárbara e tirânica”. A Câmara dos Lordes, em 13 de fevereiro de 1645, estabeleceu que a referida sentença devia ser anulada por ilegal e muito injusta, contrária à liberdade da pessoa, à lei do país e à Magna Carta e que Lilburne seria para sempre absolutamente livre e totalmente absolvido da sentença e de todos os procedimentos que dela derivassem (TEDESCO, 1997, p. 268).

³³ O acusado pode renunciar à imunidade e se assim o fizer, fará sua própria defesa e será submetido ao sistema contraditório de perguntas.

parte do valor originário no processo inglês. Diversamente, perante a polícia, aduz Grinover (1976, p. 24), o princípio do *nemo tenetur* continuou vigorando em plenitude.

Com o passar dos anos, o direito ao silêncio passou a sofrer severas críticas na Inglaterra, chegando a sua restrição, bem mais tarde, através do *Criminal Justice Act*, de 1982, que suprimiu para o acusado a possibilidade de fazer declaração sem prestar juramento, e com o *Criminal Justice and Public Order Act*, de 1984, que permitiu ao acusado escolher entre manter-se silente ou prestar depoimento sob juramento, sendo que a acusação poderia mencionar que o depoimento não refutou algumas provas. Várias discussões culminaram com a redação do *Criminal Justice and Public Order Act*, de 1994, que restringiu o direito ao silêncio, pois sua utilização poderia gerar algumas conseqüências negativas para o réu. Por exemplo, quando o acusado não menciona determinado fato ou circunstância importante para a defesa nem aponta motivos razoáveis para não fazê-lo, serão extraídas inferências negativas para ele (seção 34). Prevê, ainda, a advertência ao suspeito feita pelo policial: “você não tem de dizer nada. Mas pode prejudicar sua defesa se você não responder algo que pode ser usado em sua defesa. Tudo o que disser pode ser usado como prova” (COUCEIRO, 2004, p. 83).

1.5.2 O direito norte-americano

Os Estados Unidos importaram e adotaram o Direito Inglês e assim, o princípio *nemo tenetur se detegere*, instituindo-o através da 5ª Emenda à Constituição Norte-Americana. Alguns Estados americanos³⁴ já consagravam em suas Constituições a previsão do direito de não provar contra si, antes mesmo da Declaração de Independência, dentre eles a Virgínia (1776), Pensilvânia (1776), Carolina do Norte (1776), Massachusetts (1780) e New Hampshire (1784), sendo reconhecido tal princípio em outros Estados através dos tribunais.

³⁴ Assevera Gilissen (1995, p. 217) que o direito americano conheceu uma evolução mais rápida que a Inglaterra para a liberdade e a igualdade, mas permaneceu relativamente diversificada, tendo em cada um dos seus Estados o seu direito próprio.

A Declaração de Direitos da Virgínia, de 12 de junho de 1776, a primeira entre os demais Estados, previu em seu artigo 8º: “em todos os processos por crimes capitais ou outros, todo indivíduo [...] não pode ser forçado a produzir provas contra si próprio”.³⁵ Este antecedente exerceu marcante influência na redação das Emendas à Constituição.

A 5ª Emenda à Constituição norte-americana prevendo a proteção contra a auto-incriminação, foi aprovada pelo Congresso em 25 de setembro de 1789 (art. 7º), segundo o projeto de Declaração de Direitos, apresentada por James Madison, e tornou-se oficialmente parte da Constituição, com a ratificação pela Virgínia, a 15 de dezembro de 1791 (SHWARTZ, 1977, p. 183). Evidencia o *privilege against self-incrimination* assim especificado: “nenhuma pessoa [...] será obrigada a depor contra si própria em processo criminal”.

Segundo explana Corwin,

As emendas IV, V, VI e VIII constituem uma “declaração de direitos” das pessoas acusadas. Na maior parte foram compiladas das Declarações de Direitos (*Bills of Rights*) das antigas constituições estaduais e a mais de um respeito representam um distinto avanço sobre o direito inglês da época e, na verdade, por muitos anos adiante. (CORWIN, 1986, p. 255, grifo do autor).

As dez primeiras emendas à Constituição compõem a Declaração de Direitos (o *Bill of Rights*) e foram propostas às legislaturas estaduais pelo Primeiro Congresso reunido sob a Constituição. Corwin (1986, p. 228) explica que elas vinculavam apenas o governo federal e não limitavam os poderes estaduais; mas os direitos protegidos contra o governo nacional poderiam ser argüidos contra a autoridade estadual, em virtude da interpretação sucessiva dada pela Corte à cláusula *due process* da Décima Quarta emenda. Continua o autor que a lei de 16 de março de 1878 (U. S. Code, tit. 28, § 632), previu em processo federal o direito do réu de ter o júri esclarecido de que sua omissão ao prestar depoimento não constitui presunção contra ele, consagrando a regra segundo a qual a omissão deste direito

³⁵ Além desta garantia, previu também o direito de indagar da causa e da natureza da acusação que lhe fosse intentada; de ser acareado com os seus acusadores e com as testemunhas; de apresentar ou requerer a apresentação de testemunhas e de tudo que seja a seu favor; de exigir processo rápido por um júri imparcial de sua circunvizinhança, sem o consentimento unânime do qual ele não poderia ser declarado culpado; e que nenhum indivíduo pode ser privado de sua liberdade, a não ser por julgamento de seus pares, em virtude da lei do país.

não pode criar nenhum tipo de presunção contra si. Note-se que esclarecimento deveria ser feito pelo próprio magistrado.

A interpretação dada pela Suprema Corte à cláusula estende-se à testemunha que pode recusar-se a responder qualquer pergunta cuja resposta possa ser usada contra ela em futuro processo penal, ou que leve à descoberta de provas contra ela. A testemunha deve invocar explicitamente essa imunidade constitucional sob pena de presumir-se que dela desistiu. Porém, assinala Corwin (1986, p. 26), o privilégio não alcança a testemunha em tribunal federal sob o argumento de que se não respondesse às perguntas poderia ser processada por um Estado.

Mas durante muito tempo os Estados continuaram com suas práticas processuais, não ficando adstritos às exigências da Quinta Emenda, limitadas apenas pela cláusula *due process of law*, até a decisão da Suprema Corte em 1964 no caso *Malloy v. Hogan*³⁶ que deu aplicação extensiva da garantia do devido processo incorporada na Décima Quarta Emenda (TEDESCO, 1997, p. 274), expandindo sua aplicação em todas as jurisdições.

Em 1965, no julgamento do caso *Griffin v. Califórnia*³⁷ a Suprema Corte estabeleceu que a Quinta Emenda proíbe o acusador de realizar qualquer comentário ou alusão sobre o silêncio guardado pelo acusado durante o julgamento, resultando inconstitucional qualquer tipo de penalidade imposta ao réu pelo exercício deste direito.

Aponta Dias Neto (1997, p. 195) que a grande controvérsia orbita sobre a influência e o papel da polícia no interrogatório sob custódia e o valor da confissão obtida nessas circunstâncias, abrangendo a voluntariedade ou não da conduta do suspeito e o conceito de *custódia policial*. A Suprema Corte, a partir da década de 30, passou a abordar a questão da legalidade do interrogatório policial a partir do teste de voluntariedade (*voluntariness test*), admitindo a confissão quando a totalidade das circunstâncias demonstrasse que foi produto de uma decisão voluntária do acusado. Para isso, seria necessário que o interrogatório estivesse de

³⁶ 378 U.S. 1 (1964).

³⁷ 380 U.S. 609 (1965).

acordo com os requerimentos da cláusula do devido processo prevista na Décima Quarta Emenda. Porém, este método não estava condicionado à existência de uma conduta policial abusiva e era necessário apurar não só a conduta da polícia, como o comportamento do acusado, o que causou dificuldades práticas resultantes de um método de avaliação caso a caso, acabando por gerar mudanças nos critérios utilizados pelo teste de voluntariedade.

Até então era admitida como prova a confissão feita pelo acusado sob custódia policial se livre e voluntária, obtida sem o uso da força ou de outros meios persuasórios,³⁸ mas desde que mantendo os padrões civilizados de processo e produção de provas.³⁹ A Suprema Corte, a contar dos anos 60, passou a buscar meios alternativos para o problema da auto-incriminação, incorporando critérios mais precisos para facilitar a aplicação do teste. A evidência deste esforço foi o julgamento do caso *Escobedo v. Illinois*,⁴⁰ o qual declarou involuntária a confissão obtida em violação ao direito a um defensor (DIAS NETO, 1997, p. 196), abrangendo não apenas o direito de consultar um advogado antes do interrogatório, como o direito a ter sua presença durante o ato se o argüido assim o desejar. A partir do histórico caso *Miranda v. Arizona*⁴¹ em 1966, marco da jurisprudência processual-penal norte-americana, a observância do direito ao silêncio durante o interrogatório

³⁸ *Wilson v. United States*, 162 U. S. 613 (1896); *United States v. Mitchell*, 322 U. S. 65 (1944) (CORWIN, 1986, p. 261 e nota 27).

³⁹ No caso *McNabb v. United States*, 318 U.S. 332 (1943), a Corte reformou sentença condenatória proferida por tribunal federal sob o fundamento de que a confissão fora obtida por meio de interrogatórios por períodos prolongados, na ausência de amigos e advogado, e sem levar o réu à presença de um comissário ou de um funcionário judicial, como manda a lei (Cf. CORWIN, p. 261).

⁴⁰ 378 U.S. 478, 485, n. 5. Neste caso, a polícia teria levado o argüido sob detenção e o interrogaram com o propósito de obter uma confissão. Não o informou sobre direito de permanecer calado ou de consultar um advogado. Antes, confrontou-o com um alegado cúmplice que o acusou de ter praticado o homicídio. Quando o argüido negou a acusação e disse “eu não disparei sobre o Manuel, foi você”, algemaram-no e levaram-no para uma sala de interrogatório, onde, de pé, foi interrogado por quatro horas, até que ele confessasse. Foi-lhe negado o pedido de conversar com um advogado e a polícia impediu seu advogado constituído de lhe dar assistência (WARREN, 1998, p. 103).

⁴¹ 384 U.S. 436. Em 1963 Ernesto Miranda foi detido em sua casa e levado para a prisão em Phoenix, sob a acusação de rapto e estupro. Foi interrogado durante duas horas por dois agentes policiais, resultando uma confissão escrita assinada por Miranda. No julgamento, os agentes admitiram que Miranda não foi informado de que tinha direito à presença de um advogado. Foi condenado de 20 a 30 anos de prisão por cada delito, com base na sua confissão. O Supremo Tribunal do Arizona confirmou a condenação sustentando que os direitos constitucionais de Miranda não tinham sido violados na obtenção da confissão. A Suprema Corte, por cinco votos a quatro, ordenou que ele fosse posto em liberdade porque não fora informado de que tinha direito a consultar um advogado, tampouco do direito de não ser coagido à auto-incriminação.

policia sob custódia passa a ser critério imprescindível para a aplicação do teste de voluntariedade. Neste caso, a Suprema Corte determinou a obrigação da polícia de notificar o direito ao silêncio no interrogatório sob custódia sob o argumento de que a atmosfera inerentemente coercitiva deste interrogatório por si só pode levar o suspeito a uma auto-incriminação involuntária (DIAS NETO, 1997, p. 197). No julgamento, a ementa do relator Earl Warren da Suprema Corte dos Estados Unidos sustentou que:

1. Quando uma pessoa é levada sob detenção ou é por outra forma privada pelas autoridades da sua liberdade de modo significativo e sujeita a interrogatório, o direito a não auto-incriminação fica vulnerado.
2. Esse direito deve ser protegido por garantias processuais e a não ser que se adotem outros meios inteiramente eficazes para notificar a pessoa do seu direito e guardar silêncio e para assegurar que o exercício do direito será escrupulosamente garantido, são necessárias as seguintes medidas.
3. A pessoa deve ser esclarecida, antes de qualquer interrogatório, que tem direito a guardar silêncio, que qualquer coisa que diga pode ser usada contra ela em tribunal, que tem o direito à presença de um advogado e que se não tiver possibilidade de o pagar ser-lhe-á designado um antes de qualquer interrogatório.
4. No decorrer do interrogatório deve ser-lhe dada a oportunidade de exercer estes direitos.
5. Depois de prestadas estas informações e concedida tal oportunidade, a pessoa pode voluntária e conscientemente renunciar a estes direitos e concordar em responder a perguntas ou fazer um depoimento.
6. Mas, a não ser que tais informações e tal renúncia sejam demonstradas pela acusação em julgamento, nenhuma prova obtida como resultado do interrogatório pode ser usada contra ela. (WARREN, 1998, p. 103)

Nesse julgamento, o Poder judiciário fixou uma série de regras, as chamadas *Miranda Rules* (regras de instrução) que passaram a nortear o procedimento policial envolvendo o interrogatório sob custódia. Porém, como assinala Dias Neto (1997, p. 198), não foi tranqüila a posição da Corte Suprema, bem como a recepção da sociedade americana cada vez mais sensível ao apelo à *lei e ordem*, suscitando muitas controvérsias. Na própria sentença, o juiz White, em seu voto discordante afirmou que “estes novos padrões dificultarão a capacidade da legislação criminal para cumprir as suas tarefas. Devolverão muitos criminosos à liberdade” (WARREN, 1998, p. 113).

Na década de 70, a Suprema Corte adquiriu um caráter mais conservador e deu novas interpretações às regras de instrução, restringindo o seu alcance. Assim, como relata Dias Neto (1997), em *Beckwith v. United States*⁴² a Corte afirmou que o dever de instrução não se aplica quando o inquirido é somente foco de uma investigação criminal e que não se considera interrogatório sob custódia as inquirições realizadas em ambientes familiares onde a pessoa não está submetida às condições de isolamento e tensão de uma delegacia policial; em *New York v. Quarles*⁴³ fixou a essencialidade da caracterização de uma situação de privação da liberdade do inquirido, mas a desnecessidade de haver uma detenção formal; em *Oregon v. Mathiason*⁴⁴ decidiu que não há custódia quando a pessoa comparece voluntariamente à delegacia.

Sem dúvida, o caso Miranda é um dos mais emblemáticos envolvendo a Quinta Emenda. Sua aplicação trouxe um caráter pedagógico para a atuação policial com relação às garantias do investigado, sendo a discussão em torno de sua abrangência ainda hoje presente.

1.6 O DIREITO LUSO-BRASILEIRO E O BRASILEIRO

Na primitiva época do descobrimento do Brasil, no relato de Gonzaga ([19-], p. 57) entre os indígenas, havia um direito penal, baseado na vingança e na impessoalidade das punições. Mas não foi possível estabelecer com precisão o conteúdo deste direito, devido à precariedade da organização social dos indígenas, bem como a variedade de grupos com a conseqüente variação de valores. Sabe-se que foi bastante abrangente, incluindo desde atos simples até aqueles que mais afetam as tradições do grupo.

A reação diferenciava-se de acordo com este mesmo critério, indo da sanção moral até uma sanção ritual que afetava a própria existência do infrator. Portanto, este estudo tem como ponto de partida as ordenações de Portugal.

⁴² 425 U.S. 341 (1976).

⁴³ 467 U.S. 649 (1984).

⁴⁴ 492 U.S. 492 (1977).

No ano de 1500, quando os lusitanos aqui desembarcaram pela primeira vez, vigoravam em Portugal as Ordenações Afonsinas.⁴⁵ Seu Livro V contém as leis penais e as regras do processo criminal, em verdade, uma reunião de disposições do Direito Romano e Canônico, mantendo com estes, similitude. Crime e pecado confundiam-se, por isso, a ordem do processo ordinário nos casos de maior relevância, era a do Direito Canônico, ou seja, acusação, denúncia ou inquirição; após lavrado o auto, procedia-se a citação e interrogatório do réu para que negasse ou confessasse o crime.

As Ordenações Afonsinas previam em quais circunstâncias eram empregados os tormentos no interrogatório.⁴⁶ O juiz, já habituado com a instrução fundada nas contínuas perguntas ao réu, buscava de todos os meios extorquir a confissão, utilizando-se de todas as habilidades como as sugestões; se nada conseguisse, recorria a ameaças e depois aos tormentos.

Porém, essas Ordenações já haviam excluído do tormento o “*fidalgos de solar, o cavaleiro de espada dourada, o doutor em leis ou em física, os vereadores, ressaltado o crime de lesa-majestade, falsidade, cárcere privado e feitiçaria*” (PIERANGELLI, 1983, p. 68-69).

A história jurídica do Brasil inicia-se propriamente com as Ordenações Manuelinas, promulgadas em 1521 por D. Manuel, que sucedeu a D. João II, sucessor de D. Afonso V, em cujo Livro V vinha disciplinado o direito penal e o processual.

No ano de 1603, foram promulgadas as Ordenações Filipinas no reinado de Filipe II, de Castela, que substituiu o Cardeal D. Henrique, cuja compilação seguiu o espírito e matérias das Manuelinas. O sistema adotado pelo juiz no julgamento era o das provas legais, prevalecendo a decisão pelo alegado e provado.

⁴⁵ Em 1446, na regência do infante D. Pedro, promulgaram-se as Ordenações Afonsinas, oriundas de D. Afonso V, o duodécimo Rei de Portugal.

⁴⁶ No Livro V, títulos 87 e 88. Ensina Almeida Júnior (1959, p. 136) que “Os tormentos eram perguntas judiciais feitas ao réu de crimes graves, a fim de compeli-lo a dizer a verdade por meio de tratos do corpo.”. Eles “só podiam ser postos em prática ocultamente e depois de acusação escrita e de graves indícios, e só em virtude de decisão judicial, da qual cabia recurso, como se tratasse de sentença final. [...] a *esquissa* ou inquerito e o processo secreto desenvolveram o uso da tortura, em consequência dos preconceitos que levaram a jurisprudência a formular, como regra essencial, a necessidade da confissão do acusado” (PIERANGELLI, 1983, p. 68).

Para o julgamento, as provas admitidas eram a confissão, os instrumentos do crime, as testemunhas e os tormentos. Se o réu negasse a culpa, seria submetido a tormentos tanto quanto fossem os indícios contra ele. Porém, era necessária a ratificação da confissão⁴⁷ alguns dias após os tormentos para evitar a condenação baseada em confissão falsa.⁴⁸

No ensinamento do Professor Oswaldo Henrique Duek Marques (2000, p. 47), nas Ordenações Filipinas o criminoso era visto como inimigo do sistema estabelecido e por isso deveriam recair sobre ele severas punições através dos suplícios. Neste contexto foi julgado, condenado e executado o alferes Joaquim José da Silva Xavier, o *Tiradentes*, pelo crime de lesa-majestade, tendo sido interrogado por diversas vezes para extorquir sua confissão e de seus cúmplices.

Vicente Piragibe cita a definição do Cons. João Baptista Pereira sobre as Ordenações Filipinas:

Espelho, onde se reflectia, com inteira fidelidade, a dureza das condições contemporâneas, era um mixto de despostismo e de beatice, uma legislação hybrida e feroz, inspirada em falsas idéias religiosas e políticas, que invadindo as fronteiras da jurisdição divina, confundia o crime com o peccado, e absorvia o indivíduo no Estado fazendo d'elle um instrumento. [...] Assim, a pena capital era aplicada com a mão larga; abundavam as penas infamantes como o açoite, a marca de fogo, as galés; com a mesma severidade, com que se punia a heresia, a blasphemia, a apostasia e a feitiçaria, eram castigados os que, sem licença de el Rei e dos Prelados, benziam cães e bichos, e os que penetravam nos mosteiros para tirar freiras ou pernoitar com ellas. (PIRAGIBE, 1932, p. 14).

⁴⁷ Antes da vigência das Ordenações Filipinas, D. João I editou legislação determinando que ninguém fosse condenado por confissão obtida mediante tormento, a menos que ratificasse essa confissão em juízo (PIERANGELLI, 1983, p. 68-69).

⁴⁸ Ordenações Filipinas: Livro V, título CXXXIII: “Quando o accusado for mettido a tormento, e em todo negar a culpa, que lhe é posta, ser-lhe-á repetido em três casos: o primeiro, se quando primeiramente foi posto a tormento, havia contra elle muitos e grandes indícios, em tanto que, aindaque elle no tormento. Negue o malefício, não deixa o Julgador de crer, que elle o fez; o segundo caso é, se depois que uma vez foi mettido a tormento, sobrevieram contra elle outros novos indícios; o terceiro caso é, se confessou no tormento o malefício, e depois quando foi requerido para ratificar a confissão em Juízo, negou o que no termo tinha confessado. E em cada um destes casos pode e deve ser repetido o tormento ao accusado, e ser-lhe-há feita a repetição assi e com ao Julgador parecer justo; o qual será avisado, que nunca condene algum, que tenha confessado no tormento, sem que ratifique sua confissão em Juízo, o qual se fará fora da casa, onde lhe foi dado o tormento. E ainda se deve fazer a ratificação depois do tormento per alguns dias, de maneira que já o accusado não tenha dor do tormento; porque de outra maneira presume-se per Direito, que com dor e medo do tormento, que houve, a qual ainda nelle dura, receando a repetição, ratificará a confissão, ainda que verdadeira não seja” .

No último estágio da legislação, as Ordenações Filipinas⁴⁹ isentaram dos tormentos os mentecaptos, os velhos, as mulheres pejudadas, os soldados, os vereadores, os nobres, os letrados e os menores de quatorze anos. Tais Ordenações foram aplicadas no Brasil por mais de dois séculos.

Quando D. João VI veio para o Brasil com a família real em 1808, a justiça já estava organizada.⁵⁰ Uma nova mentalidade foi formando-se de acordo com os preceitos liberais, incompatíveis com a rudeza da legislação então vigente. Em 1813 o Brasil foi elevado à categoria de Reino e já estava estabelecida a completa autonomia das justiças. O Príncipe Regente D. Pedro de Alcântara, depois que D. João VI voltou para Portugal em 1821, continuou o movimento para a independência política. Em 23 de maio deste mesmo ano, expediu um importante decreto modificando a legislação então vigente, buscando minimizar os arbítrios dos governadores e dos magistrados, as prisões arbitrárias por conta de denúncias secretas, a abolição dos tormentos e a maior segurança individual. As provas deveriam ser públicas e abertas para facilitar a defesa (ALMEIDA JÚNIOR, 1959, p. 149). Neste mesmo ano, as Cortes Portuguesas, através de decretos, extinguiram as devassas, inquirições para a formação dos delitos que se procediam sem a intimação da parte, tanto as gerais, procedidas pelos Eclesiásticos, como a do poder secular.

Em agosto de 1822, D. Pedro de Alcântara determinou que a Constituição portuguesa fosse inteiramente aplicada no Brasil, a qual previa a abolição de penas cruéis e infamantes, bem como o uso da tortura.

As idéias liberais que dominavam a Europa refletiram-se com a promulgação da Constituição do Império em 25 de março de 1824, em que foram acolhidos vários princípios de direitos fundamentais consagrados na Declaração Francesa de 1789

⁴⁹ Para Frederico Marques (1998, v. 1, p. 95), “Sob o signo de seu sistema normativo, cruel, e despótico, ali se acasalavam um Direito Penal retrógrado e sanguinário com regras processuais inquisitivas, consubstanciadas sobretudo nas tristemente famosas inquirições devassas.”

⁵⁰ Duas Relações, a da Bahia e a do Rio de Janeiro (equivalentes hoje aos tribunais superiores); corregedores de comarca, ouvidores gerais e da comarca, chanceleres de comarca, provedores, contadores, juizes ordinários e de órfãos eleitos, juizes de fora, vereadores, almotacés, juizes de vintena; como auxiliares os tabeliães, escrivães, inquiridores, meirinhos e os oficiais de polícia (ALMEIDA JR., 1959, p. 145).

(MARQUES, O., 2000, p. 47), estabelecendo-se direitos e garantias no processo penal.⁵¹

Após a edição do Código Criminal em 1830, a lei de 6 de junho de 1831 dispôs que “os juízes que não procedessem com a diligência necessária em indagar dos implicados em crimes públicos e policiais, seriam reputados cúmplices”.

O primeiro Código de Processo Penal brasileiro foi promulgado em 29 de novembro de 1832, denominado *Código de Processo Criminal de Primeira Instância* ou *Código Criminal do Império*. Considerado liberalíssimo, o Código trouxe grande reforma nos procedimentos criminais, abrindo uma fase de reação às leis opressoras da monarquia portuguesa.

Em seu Capítulo VII, que tratou da acareação, confrontação e interrogatório, o artigo 98 previu como o Juiz deveria proceder ao interrogatório, iniciando com a leitura de todas as peças comprobatórias do crime, perguntando após sobre a pessoa do réu e sobre a ocorrência do crime e suas circunstâncias, e se tinha algo a alegar sobre os fatos ou sua inocência, demarcando o caráter defensivo do interrogatório. Apesar de não tratar expressamente sobre o silêncio do réu, este expediente lhe era permitido uma vez que as torturas haviam sido abolidas. No entanto, tal postura não o isentava de prejuízo.

A sociedade da época convivia com o liberalismo e federalismo exaltados. Era período de revoluções de norte a sul, como a Sabinada na Bahia e a Farroupilha no sul. Houve um aumento da criminalidade e vieram muitas propostas de reforma do código. Neste contexto, adveio a Lei n. 261 de 3 de dezembro de 1841 que deu à organização judiciária um formato mais autoritário, mas encontrou resistências, até a sua reforma com a Lei n. 2033, de 20 de setembro de 1871, que separou a polícia da judicatura, estabeleceu regras para a prisão preventiva, fiança, extensão da defesa no sumário de culpa, criou o inquérito policial etc.

⁵¹ Constituição de 1824: Título VIII: Das disposições gerais e garantias dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros. “Art. 179. A inviolabilidade dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual e a propriedade, é garantida pela Constituição do Império, pela maneira seguinte: [...] n.18: Organizar-se-á, quanto antes, um código civil e criminal, fundado nas sólidas bases da justiça e eqüidade; n. 19: Desde já ficam abolidos os açoutes, a tortura, a marca de ferro quente, e todas as mais penas cruéis”.

Após a promulgação da República em 1889, o governo baixou o Decreto 848 de 1890 que no artigo 58 limitou as perguntas que poderiam ser feitas ao acusado no interrogatório, no “empenho de rodear das mais sólidas garantias à liberdade individual e de assegurar a imparcialidade do julgamento”.⁵²

A Constituição da República do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891, garantiu genericamente direitos individuais.⁵³ Estabeleceu também a concorrência dos Estados-Membros na competência para legislar sobre o direito processual de sua alçada. Alguns Estados criaram seus próprios Códigos de Processo Penal. Nenhum deles tratou do direito ao silêncio, mas alguns descreveram as conseqüências por esta opção, ou seja, prejuízo para o interrogado.⁵⁴

Sofrendo influência do direito francês, o Decreto n. 3.084 de 1898, determinou que o interrogatório do réu não poderia ser realizado na forma inquisitória, acentuando sua tendência e qualidade de ato de defesa.

As Constituições de 16 de julho de 1934 e a de 10 de novembro 1937, previram a garantia da ampla defesa dos acusados.⁵⁵ A unidade legislativa foi reestabelecida na Constituição de 1934 (artigo 5º, XIX, a) e à União novamente foi atribuída competência exclusiva para legislar sobre processo penal, mas enquanto não fosse promulgado um código de âmbito nacional, a legislação dos respectivos Estados e territórios estaria em vigor.

1.7 REGRAMENTO ATUAL

⁵² Justificativa do decreto.

⁵³ Constituição da República do Brasil de 1891: “Art. 72. A Constituição assegura aos brasileiros e a estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: [...] § 16. Aos acusados se assegurará na lei a mais plena defesa, com todos os recursos e meios essenciais a ela, desde a nota de culpa, entregue em 24 horas ao preso e assinada pela autoridade competente com os nomes do acusador e das testemunhas”.

⁵⁴ Assim o Código de Processo Criminal do Distrito Federal, O Código de Processo Penal do Rio Grande do Sul e Código de Processo Criminal do Estado do Paraná (COUCEIRO, 2004, p. 109).

⁵⁵ Respectivamente: Art. 113, n. 24: “A lei assegurará aos acusados ampla defesa, com os meios e recursos essenciais a esta”; Art. 122, n. 11: “[...] a instrução criminal será contraditória, asseguradas antes e depois da formação da culpa as necessárias garantias de defesa”.

O direito ao silêncio no interrogatório finalmente veio a ser tratado de forma explícita no Decreto-lei 3.689, de 3 de outubro de 1941, o atual Código de Processo Penal,⁵⁶ no capítulo referente ao interrogatório do acusado, em seu artigo 186, *verbis*: “Antes de iniciar o interrogatório, o juiz observará ao réu que, embora não esteja obrigado a responder às perguntas que lhe forem formuladas, o seu silêncio poderá ser interpretado em prejuízo da própria defesa”.

A proteção contra a auto-incriminação e o direito ao silêncio foram disciplinados posteriormente no Código de Processo Penal Militar (Decreto-lei 1.002, de 21.10.69), no capítulo das Disposições Gerais do Título XV, Dos Atos Probatórios, que reza: “Ninguém será obrigado a produzir prova que o incrimine, ou ao seu cônjuge, descendente, ascendente ou irmão” (art. 296, § 2º). Porém, “antes de iniciar o interrogatório, o juiz observará ao acusado que, embora não esteja obrigado a responder às perguntas que lhe forem formuladas, o seu silêncio poderá ser interpretado em prejuízo da própria defesa” (art. 305). Repetindo tal preceito, determina que “o silêncio do acusado não importará confissão, mas poderá constituir elemento para a formação do convencimento do juiz” (art. 308).

Marco da transição política nacional, a Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988, consagrou e erigiu o direito ao silêncio à categoria de direito e garantia fundamental, ao dispor no artigo 5º, inciso LXII, que “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”.

Desta forma, não restou recepcionada pela Lei Maior a última parte do artigo 186 do Código Processual que autorizava a interpretação do silêncio do réu pelo juiz em prejuízo da própria, pois seria um contra-senso que o exercício de uma garantia

⁵⁶ Segundo a Exposição de Motivos (publicada no Diário Oficial da União em 13.10.41), “Urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social. [...] Outra inovação, em matéria de prova, diz respeito ao interrogatório do acusado. Embora mantido o princípio de que *nemo tenetur se detegere* (não estando o acusado na estrita obrigação de responder o que se lhe pergunta), já não será esse termo do processo, como atualmente, uma série de perguntas predeterminadas, sacramentais, a que o acusado dá as resposta de antemão estudadas, para não comprometer-se, mas uma franca oportunidade de obtenção de prova. É facultado ao juiz formular ao acusado quaisquer perguntas que julgue necessárias à pesquisa da verdade, e se é certo que o silêncio do réu não importará confissão, poderá entretanto, servir, em face de outros indícios, à formação do convencimento do juiz”.

constitucional pudesse auto-prejudicar o indivíduo que a desfruta. Nesse horizonte, “Se criticado já era o sistema decorrente do art. 186, tem-se, com a nova Carta Fundamental, como inadmissível considerar-se qualquer conseqüência contrária ao acusado, na formação do convencimento judicial, por conta de sua opção” (COLTRO, 1999, p. 299). Ademais, a Constituição nenhuma restrição faz a este respeito.

A compatibilidade entre a norma constitucional e a infraconstitucional obedece a verticalização das normas, pois, como nos lembra o ensinamento de José Afonso da Silva,

nossa Constituição é rígida. Em conseqüência, é a lei fundamental e suprema do Estado brasileiro. [...] Por outro lado, as normas que integram a ordenação jurídica nacional só serão válidas se se conformarem com as normas da Constituição Federal. (SILVA, J., 2004, 46).

Em verdade, a lei processual penal, que seguiu as idéias positivistas, mostra maior preocupação com o Estado em detrimento de algumas garantias do acusado, como descrito na própria Exposição de Motivos.

Ao contrário, a Constituição Federal de 1988 foi inspirada em vertente democrática, com amplo rol de direitos e garantias individuais. Assim, “desnecessário apontar o reflexo de um diploma superior com um objetivo democrático sobre um diploma legislativo penal de índole totalitária: a incompatibilidade se fez evidente” (JUNQUEIRA, 2002, p. 212).

As normas processuais ordinárias devem adequar-se e serem lidas à luz da dos princípios e regras constitucionais, e sua interpretação deve se dar em conformidade com o espírito da Constituição.

Nesse diapasão, Grinover, Fernandes e Gomes Filho (1993, p. 72) acrescentam sobre o então vigente artigo 186 do Código de Processo Penal que “somente a primeira parte do dispositivo há de ser observada pelo juiz, em face da Constituição superveniente, não sendo de se aplicar qualquer ameaça ou alusão velada que possa coibir o acusado”.

A garantia do direito ao silêncio e a proteção contra a auto-incriminação ganharam *status* de direito humano⁵⁷ internacional com a previsão em tratados internacionais de proteção aos direitos humanos. Com efeito, dispõe o artigo 14, n. 3, *g*, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, aprovado pela Assembléia Geral da ONU em 06.12.66, que toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade a não ser obrigada a depor contra si mesma, nem confessar-se culpada. Na mesma linha, a Convenção Americana de Direitos Humanos, adotada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos em São José da Costa Rica em 22.11.69, prevê dentre as garantias judiciais mínimas, no artigo 8º, n. 2, *g*, o direito de toda pessoa não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a se confessar culpada. Com a adesão do Brasil a esses tratados, tendo-os ratificado respectivamente em 24 de janeiro de 1992 e em 05 de setembro de 1992, as regras sobre o direito ao silêncio ali previstas reforçaram sua imperatividade e seu caráter de direito individual, coincidindo com o direito já assegurado na Lei Maior. Nesta diretiva, como leciona Piovesan,

[...] os tratados internacionais de direitos humanos estarão a reforçar o valor jurídico de direitos constitucionalmente assegurados, de forma que eventual violação do direito importará em responsabilização não apenas nacional, mas também internacional. (PIOVESAN, 2006, p. 92).

Por força do artigo 5º, parágrafos 1º, 2º e 3º da Carta de 1988,⁵⁸ aos tratados de direitos humanos foi conferido o *status* constitucional e a aplicação imediata (FERNANDES, 2004; PIOVESAN, 2006). Acrescenta aquela festejada professora:

Acredita-se que o novo dispositivo do art. 5º, § 3º, vem a reconhecer de modo explícito a natureza materialmente constitucional dos tratados de direitos humanos, reforçando, desse modo, a existência de um regime jurídico misto, que distingue os tratados de direitos humanos dos tratados tradicionais de cunho comercial. (PIOVESAN, 2006, p. 73).

⁵⁷ Em relação aos Direitos Humanos: “a expressão não deve ser tida como tautológica, posto que tem o sentido de assinalar o indispensável respeito à personalidade humana, no contexto do ‘bem comum’ enfocado supra-individualmente como substrato dos espíritos objetivos que procuram absorver a insuperável individualidade como valor supremo do Direito” (BATALHA, 1981, p. 150).

⁵⁸ Constituição Federal: Art. 5º: “§ 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte. § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

Realmente, como aduz Salomão (1999, p. 131), com este conjunto de normas, definitivamente foram consagrados o direito de permanecer calado, o direito de não depor contra si mesmo e o direito a não se confessar culpado.

Evidenciando mais uma vez a qualidade de garantia internacionalmente tutelada, O Tribunal Penal Internacional⁵⁹ prevê dentre os direitos das pessoas no inquérito, que “nenhuma pessoa poderá ser obrigada a depor contra si própria ou declarar-se culpada” (art. 55. n. 1, a), e como direito do acusado “não ser obrigado a depor contra si próprio, nem a declarar-se culpado, e a guardar silêncio, sem que este seja levado em conta na determinação da sua culpa ou inocência” (art. 67, n.1, g).

Em sintonia com os tratados internacionais ratificados pelo Brasil, a Lei n. 10.792, de 1º de dezembro de 2003, alterou significativamente as disposições do Código de Processo Penal referentes ao interrogatório do réu e o direito ao silêncio. Evidentemente, fez-se necessária a adaptação da lei processual frente à Constituição Federal e aos dispositivos internacionais de proteção. Destarte, o artigo 186 do Código Processual prestigiou o silêncio passando à seguinte redação: “Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas”, acrescentando no parágrafo único: “O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa”.

Quanto ao artigo 198 da lei processual, segundo o qual o silêncio do acusado não importará em confissão, mas poderá constituir elemento para a formação do convencimento do juiz, apesar de não ter sido recepcionado pela Lei Maior, olvidou-se o legislador de reformá-lo também. Porém, referido artigo perdeu sua eficácia em face da Constituição Federal.

⁵⁹ O Brasil aderiu ao Estatuto de Roma, através do Decreto-legislativo n. 112, de 6 de junho de 2002, incorporando o Tribunal Penal Internacional através do Decreto n. 4.388, de 25 de setembro de 2002. Mais recentemente, a Emenda Constitucional nº 45/2004 definitivamente submeteu o Brasil à jurisdição do Tribunal Penal Internacional ao acrescentar o parágrafo 4º ao art. 5º da Constituição que reza: “O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão”.

CAPÍTULO II

O DIREITO AO SILÊNCIO COMO GARANTIA CONSTITUCIONAL

SUMÁRIO: 2.1 Fundamento. 2.2 Direito à intimidade. 2.3 A efetivação da garantia. 2.3.1 Na presunção de inocência. 2.3.2 No devido processo legal: a ampla defesa e o contraditório. 2.3.3 No direito à informação. 2.3.4 Na proibição das provas ilícitas. A proporcionalidade.

2.1 FUNDAMENTO

Alocada dentre os fundamentos do Estado Democrático de Direito, fórmula sintetizadora das idéias de paz jurídica e justiça condensadas positivamente na fórmula política adotada pela Constituição Federal (GUERRA FILHO, 2005, p. 70) como princípio fundamental geral previsto na Constituição Federal,¹ está a dignidade da pessoa humana como núcleo norteador das relações pessoais, bem como da relação Estado-indivíduo enquanto garantidor do direito da individualidade e da personalidade. Fica evidente que o Direito Constitucional pátrio atribui à pessoa humana importante superioridade.

A dignidade da pessoa humana radica no direito natural, derivado da natureza do homem ou da natureza do direito, nos valores éticos superiores ou na consciência jurídica comunitária (MIRANDA, 1988, p. 10 e 51), e dá fundamento aos direitos fundamentais.

Dentre diversas definições, para Sarlet a dignidade da pessoa humana é:

a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto

¹ Constituição da República Federativa do Brasil: “Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III. a dignidade da pessoa humana.”

contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos. (SARLET, 2006, p. 60).

Tal princípio é considerado um supra-princípio. Explica Piovesan (2003, p. 193) que “É no valor da dignidade humana que a ordem jurídica encontra seu próprio sentido, sendo seu ponto de partida e seu ponto de chegada, na tarefa de interpretação normativa”, por se tratar de valor supremo e fundamento de toda a ordem jurídica. Teve sua formulação na ética kantiana, precisamente na máxima que determina aos homens, em suas relações interpessoais, não agirem jamais de molde a que o outro seja tratado como objeto e sim, igualmente como sujeito (GUERRA FILHO, 2005, p. 62).²

Ensina Sarlet (2006, p. 25 e 102) que é indissociável a vinculação entre a dignidade humana e os direitos fundamentais, pois estes são a concretização daquele supra-princípio e, em regra, a violação destes direitos estará vinculada a uma ofensa à dignidade da pessoa. Referido valor supremo serve de parâmetro para a aplicação, interpretação e integração de todo o ordenamento jurídico na sua função hermenêutica instrumental integradora. Em contrapartida, gera para o Estado o dever de preservar e promover a dignidade dos indivíduos. Como aponta o Professor Marco Antonio Marques da Silva,

A dignidade da pessoa humana é o reconhecimento constitucional dos limites da esfera de intervenção do Estado na vida do cidadão e por esta razão os direitos fundamentais, no âmbito do poder de punir do Estado, dela decorrem, determinando que a função judicial seja um fator relevante para conhecer-se o alcance real destes direitos. (SILVA, M., 2001, p. 5).

O direito ao silêncio, previsto como direito e garantia fundamental³ no artigo 5º, inciso LXIII da Lei Maior, como corolário contra a auto-incriminação, também encontra seu fundamento na dignidade da pessoa humana.

² Segundo este autor, é o que a doutrina constitucional alemã, interpretando a disposição do art. 19, II, da Lei Fundamental denomina de “núcleo essencial intangível” dos direitos fundamentais (GUERRA FILHO, p. 60).

³ Tal a supremacia dos direitos e garantias individuais, que explicitamente a Constituição Federal proibiu a reforma tendente a sua abolição no art. 60, § 4º, IV, *verbis*: “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...] os direitos e garantias individuais”.

Dentre os direitos fundamentais estão aqueles que buscam proteger essencialmente a pessoa enquanto tal, na sua individualidade, nos atributos da sua personalidade moral. Prescindem de laços de convivência social, neles cabendo o direito à vida, à integridade moral e física, à liberdade de consciência, à liberdade e à segurança (MIRANDA, 1988, p. 86), inclusive a jurídica.

Ainda não existe um conceito preciso e sintético de direitos fundamentais devido à própria evolução histórica e muitos termos são empregados em sentidos sinônimos para designá-los, segundo nos mostra Silva (J., 2004, p. 175) como direitos naturais, direitos humanos, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais, liberdades públicas.

Nesta temática⁴, os preciosos ensinamentos de Jorge Miranda:

por os direitos fundamentais poderem ser entendidos *prima facie* como direitos inerentes à própria noção de pessoa, como direitos básicos da pessoa, como os direitos que constituem a base jurídica da vida humana no seu nível actual de dignidade, como as bases principais da situação jurídica de cada pessoa, eles dependem das filosofias políticas, sociais e económicas e das circunstâncias de cada época e lugar. (MIRANDA, 1988, p. 9-10).

Estabelecidos os direitos fundamentais do indivíduo, indispensável venham garantidos por instrumentos aptos a sua assecuração e efetivação pelos órgãos estatais: as garantias. Na colação de Ferreira Filho (1992, p. 251), “As garantias consistem nas prescrições que vedam determinadas ações do Poder Público que violariam direito reconhecido”. Continua: “são barreiras erigidas para a proteção dos

⁴ Há diversas classificações muito próximas quanto aos direitos fundamentais e teorias orientadas a atingir o carácter geral, finalidade e alcance dos direitos fundamentais. O Prof. Jorge Miranda (1988, p. 47) sintetiza as principais teorias jurídicas dogmáticas dos direitos fundamentais: “a) a teoria liberal tende a reconduzir os direitos fundamentais a direitos de autonomia e de defesa, individuais e fortemente subjectivados; b) a teoria institucionalista tende a reconduzi-las ou a inseri-las em instituições, em enquadramentos objectivos e funcionais; c) a teoria conservadora tende a subordinar a liberdade individual à autoridade e à tradição, bem como a realçar a integração do indivíduo em corpos intermediários, com funções específicas; d) a teoria dos valores tende a identificá-los com valores, com princípios éticos difundidos na comunidade política e a que fica subordinada a acção individual; e) a teoria democrática tende a identificá-los com direitos de participação, ligados à realização da democracia e à conformação por ela da vida colectiva; f) a teoria social tende a afirmar a dimensão social e positiva de todos os direitos, inclusive as liberdades, e a salientar a natureza de direitos subjectivos dos direitos sociais; g) a teoria socialista marxista tende a realçar a dimensão económica e concreta de todos os direitos, a dependência das condições materiais do seu exercício e a sua necessária adstricção à estrutura da sociedade”. Canotilho (1993, p. 505-511) as divide em teoria liberal, teoria da ordem de valores, teoria institucional, teoria social, teoria democrática funcional, teoria socialista dos direitos fundamentais.

direitos consagrados”. Assim, as garantias destinam-se à fruição daquele direito.⁵ Por isso, segundo Tucci (1993, p. 52), o dualismo - direitos e garantias, para que a outorga destas através de preceitos constitucionais possam tutelar os direitos que amparam por via de instrumentos correspondentes pela grandeza e importância.

A garantias têm caráter instrumental, pois, como assevera Canotilho (1993, p. 520): “quer no direito dos cidadãos a exigir dos poderes públicos a proteção dos seus direitos, quer no reconhecimento dos meios processuais adequados a essa finalidade”.

Pertence o direito de permanecer calado aos doutrinariamente chamados direitos fundamentais de primeira geração,⁶ aqueles destinados ao direito de defesa do indivíduo perante o Estado, que impõe a este um comportamento de abstenção ou um comportamento negativo nas relações individuais e sociais. Pertencem a este grupo os direitos civis, individuais e políticos.

A palavra silêncio é o vocábulo que vem de *silentium*, de *silere* – calar-se. Designa o estado da pessoa que se cala, que se abstém de falar (MELLO, 1937, p. 4). Quem cala nada diz.

Na proteção contra a auto-incriminação o Estado respeita o direito de permanecer calado do indivíduo como liberdade de opção de decidir por aquilo que não lhe prejudique, privilegiando a autodeterminação de abster-se de falar no interrogatório ou em fase anterior, como premissa dos valores e dignidade humanos. Sandeville (1991, p. 241) aduz com propriedade sobre o significado do silenciar: “calar não significa confessar nem admitir a imputação. Também não significa não ter respostas, mas tão-somente não querer fazer uso de uma faculdade processual, por motivo de foro íntimo ou para evitar prejuízos”.

⁵ Sobre o tema, comparando os direitos e as garantias: Miranda (1988, p. 89).

⁶ Sua sistematização surgiu com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. No ensinamento de Bonavides (2004, p. 563), os direitos fundamentais de primeira geração são os direitos da liberdade. Seguem-se dos direitos fundamentais de segunda geração que tutelam a satisfação das necessidades mínimas do ser humano no campo social, opostamente impondo uma atividade do órgão estatal para a sua efetivação, incluídos aqui os direitos sociais, econômicos e culturais. E, por fim, dos direitos fundamentais de terceira geração voltados às relações indivíduo-indivíduo, indivíduo-coletividade e coletividade-coletividade, refletindo a preocupação com o ser humano como um todo, e como exemplo temos o direito à paz no mundo, a um meio ambiente sadio, à preservação do patrimônio comum, ao desenvolvimento econômico. Pinto Ferreira (2002, p. 133) classifica o direito ao silêncio como uma garantia *criminal* preventiva.

Conseqüentemente, não pode o silêncio do imputado ter como conseqüências o estabelecimento de indícios ou presunções negativas ou positivas na apuração da responsabilidade penal, menos ainda o estabelecimento do ônus da verdade, porque inadmissível que o exercício de um direito e garantia consagrados possa trazer qualquer desvantagem.

2.2 DIREITO À INTIMIDADE

A jurisprudência inglesa do século XVIII é considerada a origem do direito à intimidade. Mas a questão internacionalizou-se somente no século XX com a discussão do tema em congressos internacionais, dentre eles a Conferência Nórdica sobre o direito à intimidade, realizado em Estocolmo pela Comissão Internacional de Juristas, e o Colóquio de Varenna, ambos em 1967, que concluiu ser o direito à intimidade aquele que tem o homem de viver de forma independente, como um mínimo de ingerência alheia (FERREIRA, 1994, p. 97).

Entre nós, ao lado da tutela do silêncio como direito e garantia fundamental, a Constituição Federal protege a intimidade e a vida privada no artigo 5º, inciso X, *verbis*: “São invioláveis a intimidade e a vida privada, a honra e a imagem das pessoas [...]”.

Dentre os tratados internacionais dos quais é parte, já em 1948 o Brasil ratificou a Declaração Universal dos Direitos Humanos⁷ que pretendeu abolir de vez as barbáries da Segunda Guerra Mundial. No seu artigo 12 prevê a tutela da intimidade nesta redação: “Ninguém será sujeito a interferências na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação.” E mais: “Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques”.

⁷ Adotada e proclamada pela Resolução 217-A (III) da Assembléia Geral da ONU em 10.12.48 (PIOVESAN, 2006, p. 345).

Da mesma forma, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, ratificado pelo Brasil em 21 de janeiro de 1992,⁸ tutelou a intimidade no artigo 17, n. 1, onde determina: “Ninguém poderá ser objeto de ingerências arbitrárias ou ilegais em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra e reputação”.

A Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica),⁹ também tratou do tema, deixando evidenciada a preocupação internacional e interna com a proteção da intimidade. Reza seu artigo 11:

1. Toda pessoa tem direito ao respeito da sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade. 2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação. 3. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou tais ofensas. (PIOVESAN, 2006, p. 450).

O direito ao silêncio é uma das manifestações da intimidade, é o direito de escolha entre revelar e manifestar seus pensamentos ou não, de fechar-se em si mesmo, de não se expor e de tomar livremente uma postura diante de uma determinada situação de acordo com sua consciência. Neste núcleo intangível, o direito à intimidade é atributo da personalidade.¹⁰ De acordo o mestre italiano De Cupis (1961, p. 15), “A personalidade não se identifica com os direitos e com as obrigações jurídicas, constitui pré-condição deles, ou seja, o seu fundamento e pressuposto”. O direito à intimidade caracteriza-se como absoluto e indisponível. Para Costa Júnior (1970, p. 47-48), o direito à intimidade provém da liberdade, inata como direito de personalidade.

Através da voz ou gestos o indivíduo comunica-se com o mundo exterior, revelando seus pensamentos, desejos, sua inteligência, sua maneira de ser, suas emoções, enfim, sua subjetividade passa para o mundo fático. Serrano Neves, em acréscimo, é categórico ao afirmar que:

⁸ Adotada pela Resolução 2.200-A (XXI) da Assembléia Geral da ONU em 06.12.1966 e ratificada pelo Brasil em 25.09.92 (PIOVESAN, p. 2006, 346).

⁹ Adotada em 22.11.69 (Ibid., p. 347).

¹⁰ Explica Canotilho (1993, p. 520) que os direitos de personalidade abrangem os direitos de estado (p. ex., o direito de cidadania), os direitos sobre a própria pessoa (direito à vida, à integridade moral e física, à privacidade), os direitos distintivos da personalidade (direito à identidade pessoa, direito à informação) e direitos de liberdade (liberdade de expressão).

Há, no homem, um *território indevassável* que se chama consciência. Desta, só ele, apenas ele pode dispor. Sua invasão, portanto, ainda que pela autoridade constituída, seja a que pretexto for e por que processo for, é sempre atentado, é sempre ignomínia, é torpe sacrilégio. (SERRANO NEVES, 1960, 151, grifo do autor).

O direito ao segredo ou à intimidade protege as manifestações da pessoa, conservando-as completamente inacessíveis ao conhecimento dos outros, pois:

Trata-se, a intimidade, como direito inerente à personalidade, de direito inserido nas liberdades públicas, direito oposto à autoridade pública, quer no campo da polícia judiciária, quer no da atividade jurisdicional. Pertence o direito ao silêncio à intimidade, sendo manifestação de um fundamental aspecto das liberdades públicas. É necessário permitir ao homem calar, fechar-se em si mesmo, nos seus pensamentos e reflexões, não se expor, considerar seus juízos, posicionar-se axiológica e livremente perante as coisas, os homens, o universo, dentro de sua *Weltanschauung*. (AZEVEDO, D., 2001, p. 140-141).

Segundo Araújo e Nunes Júnior (2004, p. 123), a vida social forma um círculo concêntrico onde está a vida privada e dentro deste concentra-se a intimidade. O conceito de intimidade fixa uma divisão entre o “eu” e os “outros”, de modo a criar um espaço que o titular deseja manter impenetrável mesmo aos mais próximos. Em preciosa constatação:

O homem, em virtude de sua própria natureza, é o principal depositário de seus segredos. Guarda-os no íntimo do seu ser. Alguns, não revela a ninguém. Outros, transmite a pessoas próximas. Essa esfera, a da intimidade, é impenetrável. Deve, necessariamente, ser garantida, sob pena de se atentar contra a dignidade do ser humano. Por isso, ninguém pode forçar alguém a revelar o que não pretende. São condenáveis tanto as práticas violentas para dissuadi-lo a se manifestar sobre o que guarda no recôndito do seu ser, como as manobras insinuantes que, de maneira disfarçada, enganam-no para dar a conhecer o que desejava manter oculto. (FERNANDES, 2006, p. 457-458).

Sobretudo, o respeito à intimidade, ao recato, ao segredo, impõe limites tanto para o particular como para os entes estatais.¹¹ Estes, primordialmente, devem ser seus guardiões.

Sobre a individualidade e a relação com o Estado escreve Jorge Miranda:

¹¹ Sobre o tema: Grinover (1982, p. 15).

Pode e deve falar-se, sim, numa atitude geral de respeito, resultante do reconhecimento da liberdade da pessoa de conformar a sua personalidade e de reger a sua vida e os seus interesses. Esse respeito pelo converter-se quer em abstenções quer em acções do Estado e das demais entidades públicas ao serviço da realização da pessoa, individual ou institucionalmente considerada – mas nunca em substituição da acção ou da livre decisão da pessoa, nunca a ponto de o Estado penetrar na sua personalidade e afectar o seu ser. (MIRANDA, 1988, p. 102).

A limitação que o próprio Estado auto-impõe é garantia de liberdade individual enquanto abstenção de atos tendentes a ferir a intimidade da pessoa na sua vida privada e em sua individualidade. Não há substituição da livre consciência de manifestação individual pelo Estado. Há um limite entre a intervenção e a autodeterminação do homem que permeia sua liberdade. Assim, o silêncio do indivíduo é protegido pela redoma da intimidade que não pode ser quebrada por imposição estatal.

2.3 A EFETIVAÇÃO DA GARANTIA

2.3.1 Na presunção de inocência

A presunção de inocência é princípio originário das idéias liberais do século XVIII, mas positivou-se com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão em 1789 que proclamou: “Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei”.

No pós Segunda Guerra a previsão da garantia internacionalizou-se ao integrar os documentos sobre direitos humanos, estabelecendo uma visão mais protetiva e abrangente. Assim, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, fixou no seu artigo 11.1 que toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente, até que a sua culpabilidade tenha sido provada, em julgamento público no qual lhe tenham sido assegurada todas as garantias necessárias à sua defesa.

Tal princípio continuou a fazer parte da agenda internacional ao ser disciplinada também na Convenção Européia sobre Direitos Humanos de Roma, em 1950 (art. 6, n. 2) e no Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos, em 1966 (art. 14, n. 2).

Dentre o largo rol das garantias judiciais previstas a Convenção Americana de Direitos Humanos, de São José da Costa Rica em 1969, prevê a presunção de inocência ao fixar que “toda pessoa acusada de um delito tem o direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa” (art. 8º, n.2).

A Constituição Federal de 1988 consagra referido princípio como direito e garantia fundamental no artigo 5º, inciso LVII na dicção de que: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Não só o acusado, mas todo indivíduo que estiver em qualquer posição, seja ele de mero investigado, indiciado, preso ou acusado é abarcado pela proteção, de acordo com a interpretação da expressão “ninguém” trazida no referido artigo (GOMES FILHO, 2006, p. 317).

Desse princípio coerente, também chamado de presunção de não-culpabilidade, resulta que o cidadão não precisa fazer demonstração de sua inocência, que é presumida desde a investigação até sua condenação definitiva. Assim, o ônus da prova¹² da autoria e da materialidade da infração penal não cabe à defesa, mas é um ônus¹³ da acusação. A demonstrar que provar a alegação é um ônus, o art. artigo 156 do Código de Processo Penal¹⁴ disciplina a questão.

O encargo de provar é regra dirigida pelo princípio *actori incumbit probatio*, ou seja, deve incumbir-se da prova o autor da tese levantada. Para o reconhecimento da pretensão punitiva pelo juiz, a acusação instrui a ação penal de modo a provar o

¹² O vocábulo “Prova origina-se do latim *probatio*, podendo ser traduzida como experimentação, verificação, exame, confirmação, reconhecimento, confronto etc, dando origem ao verbo *probare* (*probo, as are*)”. (ARANHA, 1996, p. 5).

¹³ Ônus “É um imperativo que a lei estabelece em função do próprio interesse daquele a quem é imposto”. (TOURINHO FILHO, 2003, v. 3, p, 237).

¹⁴ Código de Processo Penal (Decreto-lei n. 3.689/41): “Art. 156. A prova da alegação incumbe a quem a fizer; mas o juiz poderá, no curso da instrução ou antes de proferir sentença, determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante”.

alegado na peça inaugural de forma eficiente. Assim, cabe à parte acusadora provar a existência de todos os elementos constitutivos do tipo, sua autoria, cabendo demonstrar também os elementos subjetivo e normativo do tipo (MARQUES, J., 1998; NORONHA, 1998; TOURINHO FILHO, 2003).

Daí resulta que se houver qualquer dúvida sobre a alegação, prevalece a absolvição do réu, concretizando o princípio do *in dubio pro reo*, previsto no artigo 386, inciso VI, do Código de Processo Penal onde: “absolve-se o réu quando não existir prova suficiente para a condenação”. Idêntico preceito é acrescentado nos seus incisos II e IV ao disciplinar que caberá absolvição quando não houver prova da existência do fato ou não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal.

No processo penal o juiz assume o papel não só de mediador para reconstruir a verdade, mas tem a possibilidade de ordenar diligências como atividade supletiva, isto porque cabe às partes carrear aos autos a prova de suas alegações. Mas tal emerge apenas para esclarecer alguma dúvida relevante sobre a prova, com a cautela de não se assemelhar à acusação ou à defesa.

A regra no sistema processual penal é da busca da verdade real ou material, chamada também de regra da verdade atingível ou processualmente possível, que tem de um lado a preservação do interesse comunitário e do outro a assecuração da liberdade jurídica do indivíduo envolvido (TUCCI, 2002, p. 228).

Sobre a verdade processual, Ferrajoli observa que ela é

uma verdade não definitiva, mas contingente, não absoluta, mas relativa ao estado dos conhecimentos e experiências levados a cabo na ordem das coisas de que se fala, de modo que, sempre, quando se afirma a ‘verdade’ de uma ou de várias proposições, a única coisa que se diz é que estas são (plausivelmente) verdadeiras *pelo que sabemos* sobre elas, ou seja, em relação ao conjunto dos conhecimentos confirmados que delas possuímos. (FERRAJOLI, 2006, p. 53, grifos do autor).

Robustecendo, a Professora Ada Pelegrini Grinover (1982, p. 61) leciona que verdade material é aquela subtraída à influência que as partes, por seu

comportamento processual, queiram exercer sobre ela.¹⁵ A reconstrução do fato no processo penal deve guardar o mais possível a semelhança com a verdade, efetivando-se a condenação somente quando maciçamente apuradas a autoria e a materialidade.

Por esta razão, diferentemente do que ocorre no processo civil, não é possível empregar no âmbito adjetivo penal a máxima de que “quem cala consente”. Não existe confissão ficta no processo penal. Se o acusado não fizer prova a seu favor, não significa que admitiu a culpa. É preciso emergir a evidência para além da aquiescência das partes.¹⁶

Mais além assevera Coltro (2003, p. 153) que sequer haverá a exigência para que o acusado justifique o porquê de ter calado na polícia ou em juízo, rechaçando a interpretação de que “quem é inocente nada tem a esconder” como conclusão contrária a quem silenciou, pois se justifica pelo exercício de um direito por seu titular.¹⁷

Motivos vários justificam o calar do investigado ou acusado - além da auto-proteção, como não prejudicar eventual co-réu ou encobrir outras pessoas, sentimento de indignação ou revolta, desejo de não colaborar deliberadamente com a produção da prova ou medo de represálias.

Em clássico estudo sobre o comportamento do acusado Altavilla (1981, v. p. 455) concluiu: “Aquele que, culpado ou inocente, é acusado de um crime vive num estado de ansiedade, de tormentoso alerta, de medo, esforçando-se por saber quais as provas reunidas contra ele; vive num apertado círculo monoideístico [...]”. Ainda, explica o estudioso, é de se excluir a idéia de que o imputado cale-se por lhe ser impossível defender-se. O silêncio pode ser determinado por um valor superior, como o de proteger outra pessoa ou o interesse de uma associação, de não revelar

¹⁵ Avolio (2003, p. 147) posiciona-se no sentido de que está superada a idéia da busca da verdade real no processo, eis que se procura atingir a verdade judiciária, excetuando-se sempre na sua obtenção as provas atentem contra a dignidade humana.

¹⁶ A Corte Européia de Direitos Humanos firmou jurisprudência no sentido de que “a presunção de inocência confere ao acusado o direito ao silêncio, sem lhe tirar o direito à contraprova, e protege-o da obrigação de fornecer prova da sua inocência” (STEINER, 2000, p. 125).

¹⁷ Dissertando nesta esteira, Steiner (Ibid, p. 125) pontua que sendo o direito ao silêncio decorrência lógica do princípio da presunção de inocência, não se pode conceber um sistema de garantias no qual o exercício de um direito constitucional assegurado pode gerar sanção ou dano.

a sua vergonha, ou expressão de uma doença mental (1982, v. 2, p. 126). Em interessante verificação, muitas vezes o indiciado ou réu: “está sob o domínio de emoção aguda que lhe prejudica a inteligência e memória, ou se sente inseguro pela ausência de um defensor de sua inteira confiança” (AZEVEDO, D., 2001, p. 145). E continua este autor indicando as diferentes reações do réu de acordo com o crime: “em crimes infamantes, ou em delitos que lhe repercutiram profundamente na esfera espiritual, pode preferir não reviver o acontecimento constrangedor, de triste memória, ou humilhante e vergonhoso, episódio às vezes único e negro da vida”.

Para a condenação, os fatos alegados pela acusação devem estar provados. Logo, isenta-se o réu da colaboração na produção das provas (*nemo tenetur se accusare* - não cabe ao acusado fornecer provas contra si), permitindo-se sua inércia através do silêncio, proibidos quaisquer indícios de culpa diante de sua postura.

A relação entre presunção de inocência e silêncio é que aquela impede que este seja valorado em desfavor de quem o exerce. Na lição de Bento de Faria (1942, p. 256), “o silêncio não vale por – confissão tácita, fictícia ou presumida”. No destaque de Grinover:

Fazer do silêncio do réu elemento que pode ser interpretado em prejuízo da defesa significa valorá-lo como indício de culpa. Ora, é evidente que do silêncio não podem deduzir-se presunções, que superem a presunção de inocência do réu, consagrada na Declaração dos direitos do Homem e do Cidadão da ONU (art. 9º). (GRINOVER, 1976, p. 29).

Pela livre apreciação das provas propugnada pelo estatuto processual, o juiz forma seu convencimento,¹⁸ com ênfase na liberdade limitada, muito embora tenha ele uma função cognitiva, o que inclui uma atividade valorativa (FERRAJOLI, 2006, p. 43). Mas, como o próprio regramento impõe, o convencimento se faz pela análise da prova e não é possível individualizar o silêncio como fonte de prova,¹⁹ mesmo porque tal não constitui prova no sentido jurídico do termo (MORAES; MOURA, 1994, p. 139).

¹⁸ Código de Processo Penal (Decreto-lei n. 3689/41): “Art. 157. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova”.

¹⁹ Fonte de prova é donde ela emana, traz informações úteis para o julgamento da ação e precisa ser demonstrada.

De outro lado, a conclusão a que chegar o juiz deve ser sempre fundamentada, retirando a possibilidade de basear-se na conduta processual do réu. Segundo anota Guilherme Nucci,

Não se nega que no espírito do magistrado o silêncio invocado pelo réu pode gerar a suspeita de ser ele realmente o autor do crime, embora, ainda que tal se dê, é defeso ao magistrado externar o seu pensamento na sentença. Ora, como toda decisão deve ser fundamentada, o silêncio jamais deve compor o contexto de argumentos do magistrado para sustentar a condenação. É preciso abstrair, por completo, o silêncio do réu, caso o exerça, porque o processo penal deve ter instrumentos suficientes para comprovar a culpa do acusado, sem a necessidade de se valer do próprio interessado para compor o quadro probatório da acusação. (NUCCI, 2004, p. 187).

Logo, o princípio da presunção de inocência forma uma barreira a qualquer outra presunção que negativamente atribua ao calar uma interpretação de culpa do investigado ou réu.

2.3.2 No devido processo legal: a ampla defesa e o contraditório

Prevê o texto constitucional que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (art. 5º, inciso LIV). Tal princípio teve como origem histórica a Magna Carta²⁰ (*Magna Charta Libertatum*) outorgada em 1215 pelo rei João sem Terra aos barões ingleses. Posteriormente, tal cláusula veio a ser reforçada com Carlos I, por meio da *Petition of Rights* (COLTRO, 2003, p. 148).

No âmbito do processo penal esse princípio, típico do estado democrático de direito, garante um processo justo e também que nenhuma pena pode ser aplicada sem o devido processo (*nulla poena sine iudicio*), mesmo porque é proibida a auto-tutela. Nele, o procedimento está previsto no ordenamento jurídico, revestido das condições mínimas para a realização da justiça através da igualdade dos sujeitos processuais. Significa, na dicção de Greco Filho (1989, p. 110), o processo adequado, que assegure a igualdade de partes, o contraditório e a ampla defesa.

²⁰ Dispõe seu art. 39: “nenhum homem livre será detido, preso ou sofrerá confisco, ou posto fora da lei, ou exila, ou de outro modo destruído, nem nós (o rei) iremos sobre ele, nem enviaremos alguém contra ele, senão por força de um julgamento legal por seus pares ou pela lei do local”.

O devido processo legal garante a existência de um processo regularmente constituído, conduzido por um juízo imparcial e competente pré-constituído, com a possibilidade de ciência prévia da acusação e assecuração de todos os meios de efetiva defesa, a publicidade dos atos judiciais, a motivação das decisões e o duplo grau de jurisdição. Enfim, envolve todas as garantias do acusado durante o processo e antes mesmo da instauração. Nessa visão, o objetivo de tal princípio é

impedir qualquer agressão ou restrição ao direito da parte, acobertando-a tanto em sua liberdade pessoal como no direito de propriedade, aspecto em que assume natureza material, atuando, no âmbito processual, como resguardo aos litigantes ou acusados, de sorte a assegurar-lhes paridade total de condições frente uns aos outros ou perante o Estado persecutor. (COLTRO, 1999, p. 303).

É no processo que o acusado tem a oportunidade de defender-se e exercer seus direitos, onde avulta a necessidade de estabelecer limites à atividade persecutória do Estado, pois os direitos fundamentais assumem sua maior dimensão no processo penal quando protegem a segurança, a vida e a liberdade humanas (GRINOVER, 1982, p. 20).

A regra do devido processo legal é premissa do contraditório e ampla defesa, vetores onde se realizam o direito contra a auto-incriminação e o direito ao silêncio como seu corolário. Para Araújo e Nunes Júnior (2004, p. 154), o privilégio contra a auto-incriminação é regra do devido processo legal.

É em sede de ampla defesa e contraditório que o direito ao silêncio impõe suas marcas características quando em pleno exercício. A ampla defesa e o contraditório são direitos e garantias constitucionais como tais previstos no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal que assegura “aos litigantes em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral [...] o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”, sobre os quais gravita todo o processo penal. Através destes dois princípios garante-se ao acusado a oportunidade de ser informado sobre a existência e o conteúdo da ação penal para contraditar a acusação e as provas apresentadas, bem como realizar sua auto-defesa, acessar uma defesa técnica eficiente e possibilitar a apresentação todos os recursos esgotáveis.

O contraditório busca o adjetivo da igualdade processual ente as partes, seguindo a máxima *audiatur et altera pars* – a parte contrária deve também ser ouvida. Não é assente a exata colocação constitucional do contraditório, entendendo Greco Filho (1989, p. 129) e Marques (J., 1998, v.1, p. 87) que o contraditório é meio para o exercício da ampla defesa, enquanto Fernandes (A., 2002, p. 267), que o contraditório é manifestação da garantia genérica do devido processo legal. Seja como for, é certo que contraditório e ampla defesa tangenciam-se e se complementam. Diz-se que o acusador age e o acusado reage, mesmo que não queira (PITOMBO, 1993, p. 72). Em termos simplistas, isto é o contraditar. Tal princípio é típico do processo penal acusatório como direito absoluto.

Efetiva-se o contraditório com a ciência do acusado de todos os termos e atos do processo e a oportunidade de se manifestar sobre eles com paridade de armas. A íntima relação entre o contraditório e o direito ao silêncio é patente pois

O direito ao silêncio conecta-se à regra do contraditório real e efetivo, na medida em que, para o pleno exercício daquele, não é suficiente a ciência formal da acusação, mas a perfeita compreensão do imputado dos termos e da extensão e conseqüências da incriminação. Somente tendo a consciência perfeita do que lhe está sendo imputado poderá saber se lhe é conveniente falar ou calar, produzir ou não determinada prova ou, ainda, praticar ou não atos lesivos à sua defesa. (MOURA; MORAES, 1994, p.138).

Quanto à *ampla defesa* é necessário que o termo seja entendido em toda a abrangência da expressão, como magistralmente ensina Greco Filho:

Compreendem a ampla defesa: a) ter conhecimento claro da imputação; b) poder apresentar alegações contra a acusação; c) poder acompanhar a prova produzida e fazer a contra-prova; d) ter defesa técnica por advogado, cuja função, aliás, agora, é essencial à Administração da Justiça (art. 133); e e) poder recorrer da decisão desfavorável. (GRECO FILHO, 1989, p. 110).

Para que se efetive a ampla defesa e o contraditório é mister uma apresentação clara da imputação para que o acusado possa inteirar-se de todos os seus termos e circunstâncias. Unicamente com a absoluta ciência da acusação, ou seja, aquela decorrente de uma operação intelectual de apreensão da realidade (AZEVEDO, D., 2001, p. 144) será possível contradizê-la. Mas isso não é suficiente. A orientação e o acompanhamento de um profissional com conhecimento técnico vai

nortear toda a defesa. É por isso que a ampla defesa no processo penal realiza-se tanto na autodefesa do acusado como na defesa técnica.

A autodefesa inicia-se desde o momento em que pesa contra o indivíduo, através de uma reação natural de auto-conservação, qualquer gravame, seja ele a realização da prisão ou da citação, atinge a fase policial, estendendo-se por toda a ação penal.

É um direito renunciável, embora a ausência de oportunidade para realizá-la gere nulidade. Em juízo, realiza-se no direito de audiência, na sua bilateralidade, de presença a todos os atos processuais, de intervir na produção das provas auxiliando seu defensor e de peticionar pessoalmente.

O direito de silenciar efetiva-se através da garantia da ampla defesa na medida em que seu exercício é, antes de tudo, o exercício da defesa própria, com a não produção de provas contrárias a si ou por entender o titular que existe o risco de potencial dano à defesa ao falar.

É o direito de escolha da atitude que lhe seja mais conveniente. Calar ou falar, dizer a verdade ou mentir fazem parte da estratégia de defesa. Com acerto, Tucci (1993, p. 394) é categórico ao afirmar que o direito ao silêncio é próprio do exercício da garantia da ampla defesa.

Neste diapasão, esclarece Fernandes (A., 2002, p. 278) que o direito ao silêncio é garantia relacionada com a ampla defesa na medida em que serve para resguardar o preso, o investigado e o acusado, propiciando uma maior amplitude de defesa.

A par da autodefesa está a inafastável defesa técnica, realizada por profissional habilitado, imperativo para manter o equilíbrio entre as partes processuais diante da posição em que se encontram, quais sejam, de um lado o representante da *persecutio criminis* do Estado e de outro, o imputado. Tem essa qualidade também porque irá assegurar a orientação técnica sobre o silêncio como estratégia de defesa.

O Código de Processo Penal prevê expressamente a necessidade de defensor ao acusado mesmo revel,²¹ bem como garante a nomeação para aquele que não o tiver,²² sob pena de nulidade do processo (art. 564, III, c, do CPP). Além desta previsão, a Constituição Federal também cuidou da matéria garantindo a assistência judiciária integral e gratuita aos que comprovarem a impossibilidade de constituir um advogado.²³

A defesa técnica é indispensável porque diferentemente do que ocorre no processo civil, o processo penal envolve bem jurídico indisponível. Para que o contraditório seja efetivo e, assim, não impeça o desejo do Estado de aplicar a justiça com igualdade. Por isso, mesmo que o imputado não queira ou renuncie a ela, haverá defesa profissional.²⁴

Além disso, referida defesa deve realizar-se durante todo o curso da ação, nas oportunidades de apresentar provas e se manifestar, indo sua atuação além da sentença de primeiro grau, adotando todas as medidas cabíveis para proteger o *ius libertatis*.

Mas para que a ampla defesa atinja todos os seus fins, autores sustentam o seu emprego desde a fase policial (COUCEIRO, 2004, p. 201; FERNANDES, A., 2002, p. 273; LOPES JÚNIOR, 2006, p. 351; SAAD, 2004, p. 198 et seq.; TUCCI, 1993, p. 115). No que diz respeito ao direito de calar, para que o preso ou o investigado possa entender e fazer sua opção de falar ou silenciar, ou até que ponto falar, a informação sobre o alcance e conseqüências deste ato precisa chegar até ele na fase inquisitiva.

Para tanto, a presença de um defensor neste momento, ou seja, na lavratura do auto de prisão em flagrante e no interrogatório policial, vai possibilitar a efetivação

²¹ Código de Processo Penal (Decreto-lei n. 3689/41): “Art. 261. Nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor”.

²² Código de Processo Penal (Decreto-lei n. 3689/41): “Art. 263. Se o acusado não o tiver, ser-lhe-á nomeado defensor pelo juiz [...]”.

²³ Constituição Federal: Art. 5º, inciso LXXIV: “O Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”.

²⁴ Relata Tedesco (2001, p. 44) que o privilégio contra a auto-incriminação, que floresceu no sistema anglo-saxão, só pôde ser efetivamente exercido quando o imputado contou a presença de um advogado que falasse em seu lugar, desobrigando-o de falar em juízo e por conseqüência, exercer o direito ao silêncio.

da garantia do silêncio integralmente, não só em juízo. Esta atuação terá seara no campo da orientação e informação para assegurar todos os direitos do preso e do investigado. Neste horizonte,

Se o acusado é preso em flagrante, a imediata intervenção do advogado guarda especial importância no sentido de informá-lo sobre a natureza da infração que lhe é imputada, o direito ao silêncio, assegurar o direito de assistência do intérprete, e a presença física do advogado, durante o interrogatório, ajuda a atenuar a pressão que muitas vezes é exercida sobre o acusado, assegurando-lhe o respeito aos direitos. (SAAD, 2004, p. 203).

É de se ressaltar que o direito à ampla defesa e ao contraditório são garantias judiciais mínimas previstas na Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 8º, n. 2, letras a, b, c, d, e, f), em consonância com a disposição da Carta Política.

2.3.2 No direito à informação

A garantia do silêncio nasce em fase pré-processual. Assim, o direito de permanecer calado, bem como o alusivo à assistência da família e de advogado, devem ser *informados* ao preso no momento da prisão e, ao indiciado ou réu, antes da realização dos respectivos interrogatórios. Este é o mandamento constitucional: “o preso será informado de seus direitos [...]” (art. 5º, LXIII). Nesta temática, ressalta Cretella Júnior (1997, v. 1, p. 559) que “Grande, relevante, foi a fixação desta *regra jurídica constitucional*, que dá ao preso o *direito público subjetivo* de, ao ser preso, ser informado do rol dos direitos que pode invocar.” Trata-se de liberdade esclarecida.

Nesta visão, Grinover, Fernandes e Gomes Filho (1993, p. 71), asseveram que o direito ao silêncio e a assistência de advogado para o preso denotam a “preocupação inicial com a pessoa capturada: a esta, mesmo fora e antes do interrogatório, são asseguradas as mencionadas garantias”.

É certo que a partir da prisão inicia-se a auto-defesa como reação natural do indivíduo. Mas para uma efetiva defesa, faz-se mister que o suspeito seja informado

sobre os direitos que lhe cabem. Tal só será possível se no ato da prisão houver a advertência ao detido pelos responsáveis da prisão. Com lastro neste entendimento, Nucci assevera que:

essa informação não pode ser dada somente no instante em que o detido é apresentado à autoridade policial, vale dizer, somente no momento de ser interrogado formalmente. É preciso reconhecer o verdadeiro alcance da vontade do constituinte e, sob esse prisma, o alerta deve ser dado ao preso no exato momento da prisão. (NUCCI, 1999a, p. 229).

Regularmente, o detido desconhece a abrangência da garantia e, não raro, a acusação utiliza como prova o depoimento dos policiais que efetuaram a prisão, sobre aquilo que ouviram em conversa informal com o preso,²⁵ o que certamente tem sido muito útil para embasar a condenação dentro do conjunto das provas colhidas.

De outro lado, nos casos policiais chocantes²⁶ ocorre o *interrogatório pela imprensa* em que jornalistas fazem perguntas e até induzem o preso a respondê-las,²⁷ como uma verdadeira confissão extrajudicial. Para Gomes Filho,

Afora a ilegalidade patente desse procedimento, não só pelo desrespeito aos direitos fundamentais, mas também pela violação dos preceitos que estabelecem o modo de formação dos dados probatórios, tal conduta atenta contra a própria administração da justiça, por constituir uma intromissão indevida nas tarefas próprias do judiciário. (GOMES FILHO, 1997, p. 118).

A fórmula norte-americana proclamada com o *Miranda Case* – “Você tem o direito de permanecer calado e *tudo o que disser poderá ser usado contra si no tribunal*” - permite melhor entendimento sobre a amplitude do silêncio, vez que mostra a consequência pela opção de falar sobre o fato criminoso mesmo fora do

²⁵ Vislumbrando a inadmissibilidade da utilização como prova do depoimento de policiais sobre o que ouviram em conversa informal com o preso, sem que tenha sido avisado do direito ao silêncio, colhida de maneira enganosa: Nucci (1999a., p. 233).

²⁶ Carnelutti (2002, p. 3) bem os retratou ao discorrer que a curiosidade do público tem grande incidência nos casos considerados célebres, como uma forma de diversão. Lamentou o costume de se assistir ao processo como fora um espetáculo cinematográfico.

²⁷ No Estado de São Paulo, a Portaria n. 3 de 26.03.1992, da Corregedoria da Polícia Judiciária regulamentou a concessão de entrevistas pelos presos: deve haver prévia autorização da Corregedoria e a concordância prévia e por escrito do preso (arts. 1º e 2º), a fim de garantir que a apuração da responsabilidade possa ser aferida através de regular inquérito, resguardando o direito ao silêncio. Ainda, a Portaria n. 18 de 25.11.1998 da Delegacia Geral de Polícia de São Paulo determinou que as autoridades policiais e demais servidores zelarão pela preservação da imagem, nome e privacidade das pessoas detidas.

momento da prisão. Existe o dever formal de esclarecimento e informação àquele que tem sua liberdade atingida e a violação desta formalidade, resulta na inadmissibilidade das declarações prestadas.

Poder-se-á chegar a uma questão mais longínqua: a prisão em flagrante por particular²⁸ (incluídos os vigilantes e seguranças) exige deste o dever de informação sobre o direito ao silêncio?

O artigo 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal não determina quem tem o dever de informar o direito ao preso. Porém, cabe ao Estado assegurar a efetivação das garantias constitucionais previstas através de seus agentes, pois “as garantias reportam-se ao Estado em actividade de relação com a pessoa” e são “modos de organização ou actuação do Estado” (MIRANDA, 1988, p. 89).

Nesta circunstância, somente a partir do contato do detido com os policiais ou com a autoridade policial, ou seja, quando o indivíduo passa à mercê da guarda do Estado, o direito à informação deve ser exercido. Desta forma, os depoimentos daqueles particulares sobre o que ouviram do detido, devem ser vistos com a devida reserva e valor.

Nas lavraturas de auto de prisão em flagrante, o conduzido será ouvido em interrogatório como parte integrante do auto.²⁹ Neste ato, vislumbra-se a necessidade do acompanhamento de um defensor ao autuado que se justifica porque uma das informações constitucionais dadas ao preso é de que tem o direito à assistência de um advogado.

O *mens legis* é de que a presença de um defensor vai explicitar em primeiro momento qual a melhor opção ao indigitado autor do fato para exercer sua auto-defesa e não se auto-incriminar: falar, o que falar ou simplesmente calar, colaborar ou não na investigação. A advertência realizada no momento da prisão apenas

²⁸ Código de Processo Penal (Decreto-lei n. 3689/41): “Art: 301. Qualquer do povo poderá [...] prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito.”

²⁹ Código de Processo Penal (Decreto-lei n. 3689/41): “Art. 304. Apresentado o preso à autoridade competente [...] procederá a oitiva das testemunhas que o acompanharem e ao interrogatório do acusado sobre a imputação que lhe é feita”. No Estado de São Paulo a Portaria n. 18/98 já citada, no art. 7º prevê: “Na lavratura do auto de prisão em flagrante, a autoridade policial fará constar, no instrumento flagrancial, de maneira minudente e destacada, a comunicação ao preso dos direitos constitucionais assegurados e, ainda, se este compreendeu-lhes o significado e se desejou exercê-los”.

levará ao preso a noção de opção entre calar ou falar, mas não o real alcance deste direito.

Também cabe ao defensor acompanhar todos os atos a fim de evitar abusos pelo órgão investigante e verificar a assecuração de todos os direitos do preso. Em terceiro momento, estar a par dos fatos para pleitear as medidas judiciais cabíveis como relaxamento da prisão ou liberdade provisória.

Além da previsão constitucional, a advertência sobre o direito de permanecer calado antes de iniciar o interrogatório é imposição legal, prevista também no código adjetivo no artigo 186. Por sua vez, no artigo 6º, inciso V,³⁰ determina que o indiciado será ouvido com observância, no que for aplicável, ao capítulo alusivo ao interrogatório judicial. Logo, antes de iniciar o interrogatório policial, o investigado ou indiciado deverá ser orientado sobre o direito de permanecer calado, seja pela autoridade, seja pelo defensor.

Já na fase judicial, o denunciado, quando comunicado de que contra si foi movida uma ação penal, passa a ser titular de direitos que por esta razão lhe cabem, incluído o direito à informação de todas as garantias processuais e conseqüências jurídicas advindas do processo e de seus próprios atos.³¹

Para a validade da tutela jurisdicional, é exigência a informação da existência da ação ao interessado para que dela tomar conhecimento e inteirar-se de seu teor a fim de que possa preparar sua atuação defensiva pois, no dizer do Professor Canuto Mendes de Almeida (1973, p. 14), ninguém “pode defender-se sem conhecimento dos termos da imputação que lhe é feita”.

Esta ciência inicial chega na forma de citação válida, que tem como finalidades, no dizer de Tucci (1993, p. 207-208), “a) a informação sobre o conteúdo do ato introdutório do processo; b) incitação do citando para comparecimento em juízo; e c) propiciação de atuação judicial pertinente à respectiva defesa [...]”. A

³⁰ Código de Processo Penal (Decreto-lei n. 3689/41): “Art. 6º. Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá: [...] V – ouvir o indiciado, com observância, no que for aplicável, do disposto no Capítulo III do Título VII, deste Livro”.

³¹ Tamanha a importância dada ao direito à informação como corolário de defesa que a Lei n. 9271, de 14.04.1996, alterou o art. 366 do Código de Processo que passou à seguinte redação: “Se o acusado, citado por edital, não comparecer, nem constituir advogado, ficarão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional”.

ciência da data do interrogatório³² e a orientação para vir acompanhado de advogado senão a nomeação, no Estado de São Paulo, de praxe, já vêm explicitadas na citação.

O estatuto processual penal determina que antes da realização do interrogatório o juiz assegurará ao acusado entrevista reservada com seu defensor (art. 185, § 2º) e que o réu será interrogado na presença dele (art. 185, *caput*, parte final), graças às modificações introduzidas pela Lei n. 10.792 de 1º de dezembro de 2003.

A entrevista com o advogado deve dar-se em tempo suficientemente anterior à audiência, a fim de lhe possibilitar primeiro ouvir minuciosamente o réu para depois orientá-lo, e também possibilitar a indicação das testemunhas de defesa. Daí a imperiosa nomeação prévia de advogado dativo ou defensor para cumprir essa exigência formal quando o acusado não tiver advogado.³³

Diversos autores são enfáticos quanto à necessidade de entrevista reservada com advogado em tempo hábil e suficientemente anterior ao interrogatório (CAPEZ, 2003; COUCEIRO, 2004; NUCCI, 2004).

Nesse diapasão, a Convenção Americana de Direitos Humanos garante a toda pessoa acusada de delito, em seu artigo 8º, 2, a comunicação prévia e pormenorizada da acusação, a concessão do tempo e dos meios necessários à preparação de sua defesa, o direito de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor e de comunicar-se, livremente e em particular, com ele (letras *b, c, d* respectivamente).

A partir da informação sobre o silêncio e sua consequência pode-se assegurar ao imputado sua real compreensão e exercício consciente do direito ou até mesmo sua abdicação.

³² O código processual sofreu alteração em seu art. 360 através da Lei n. 10.792/03, que passou a exigir a citação do preso, com vistas a evitar que apenas fosse requisitado para a audiência de interrogatório e não citado.

³³ Relata Roxin (2003, p. 210) que no direito alemão também se deve informar ao arguido que ele é livre para decidir se quer ou não declarar sobre os fatos, e que pode entrevistar-se previamente com advogado escolhido por ele.

Não há que se aquilatar se o preso, investigado ou acusado já tinha conhecimento adequado sobre a disponibilidade desse direito, mesmo sem ter sido informado pelos órgãos oficiais. A fórmula da advertência deverá sempre ser expressamente verbalizada pois, como asseverou o juiz Warren (1998, p. 107), relator do julgamento *Miranda v. Arizona*, “uma informação é um facto bem definido”.

A informação prestada antes do interrogatório é indispensável para vencer qualquer pressão e dar ciência de que o interrogado é livre para exercer o seu direito àquela altura e qual sua abrangência. Assim, a presença de um advogado, sobretudo na fase policial, retira qualquer possibilidade de eventual coação. Moraes e Moura (1994, p. 140) fazem uma constatação do resultado da falta de explicação salientando que o interrogado, “temendo uma errada e inconstitucional interpretação desfavorável de seu silêncio, e desassistido de defensor técnico, acaba por produzir prova contra si mesmo”.

Nesta linha, o Professor português Manuel da Costa Andrade (1992, p. 121) ensina que “está fundamentalmente em jogo é garantir que qualquer contributo do argüido, que resulte em desfavor da sua posição, seja uma afirmação esclarecida e livre de autodeterminação”.

A falta de informação sobre o direito ao silêncio ao preso, investigado ou acusado afigura-se como um verdadeiro vício, por se tratar de violação de direito e garantia constitucional, que pode gerar a nulidade do interrogatório, ou de todos os atos subseqüentes, bem como a invalidade de eventual confissão (GOMES FILHO, 2006, p. 327).

Importa verificar se a inexistência de advertência sobre o silêncio redundou em prejuízo para a defesa do imputado. É caso de nulidade do processo, a partir do interrogatório, se sacrificada a autodefesa e o conseqüente direito de defesa; ou apenas a invalidade do interrogatório, com a repetição do ato, se a falta de advertência não afetou a defesa (COLTRO, 1999; GRINOVER; FERNANDES; GOMES FILHO, 1993). É exemplo do último caso o calar do argüido ou sua negativa sem que houvesse advertência.

Além da infringência ao mandamento constitucional, a omissão de esclarecimento esbarra na lei processual penal que determina a advertência sobre o silêncio como elemento essencial do interrogatório, policial ou judicial. Conseqüentemente, sua ausência constitui nulidade por infringência ao artigo 564, inciso IV, do código citado.³⁴ Logicamente, a nulidade do ato transmite-se àqueles que dele dependam.

Questão pouco discutida é se a falta de advertência sobre o silêncio pela autoridade policial é capaz de invalidar a prisão em flagrante. É certo que a inobservância da regra afeta a legalidade do ato.³⁵ No entender de Reis (1983, p. 330), “Se a mencionada advertência não foi formulada, não sendo registrada no auto, é este inválido. [...] Nulo o auto, torna-se ilegal a prisão”.

O auto de prisão em flagrante é extremamente formal por tratar-se de prisão autorizada sem o respectivo mandado judicial. Assim, a ausência das formalidades legais resulta no conseqüente relaxamento da prisão.

Nada impede seja feito o interrogatório observando as cautelas constitucionais, prossigam as investigações, bem como seja decretada a prisão preventiva se for o caso. No entender de Moraes e Moura (1994, p. 144), “uma vez desrespeitados os ditames constitucionais, a prisão em flagrante se torna ilegal, sem possibilidade de convalidação, por não guardar a legalidade necessária”. Sempre é válido perquirir a presença do prejuízo para a defesa.

Concluindo com o pensar de Gomes Filho, Scarance Fernandes e Grinover (1993, p. 72), “com a exigência de informação sobre a faculdade de silenciar, a Constituição confere esta roupagem de verdadeiro direito, que há de ser livremente exercido”. Portanto, tudo que o preso, o investigado ou réu vier a dizer perante os órgãos estatais sem que seja alertado sobre o direito, é inconstitucional e não poderá ser utilizado contra si.

³⁴ Código de Processo Penal (Decreto-lei n. 3689/41): “Art. 564. A nulidade ocorrerá nos seguintes casos: [...] IV – por omissão de formalidade que constitua elemento essencial do ato”.

³⁵ No entanto, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça que não gera nulidade do auto de prisão em flagrante a omissão da informação de que o preso podia permanecer calado (RHC 6183-MG, 5ª Turma, Rel. Ministro José Arnaldo da Fonseca, j. 11.03.97, DJ 05.05.97) (BRASIL, 1997).

2.3.4 Na proibição das provas ilícitas. A proporcionalidade

A Lei Maior de 1988 vedou de forma expressa a utilização de provas obtidas por meios ilícitos no processo com a dicção do artigo 5º, inciso LVI, que disciplina: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

Sem apresentar um rol taxativo das proibições, o legislador constitucional preocupou-se, primordialmente, em tutelar a dignidade da pessoa humana limitando o procedimento probatório a fim de não afetar a moralidade, os bons costumes e não tolher a defesa do indivíduo, pois “a busca da verdade em defesa da sociedade e o respeito a direitos fundamentais podem ver-se afetados por esta investigação” (GRINOVER, 1982, p. 93).

É no processo penal que esta fórmula assume um papel relevante pois é nele,

onde avulta a liberdade do indivíduo, que se torna nítida a necessidade de se colocarem limites à atividade instrutória. A dicotomia defesa social-direitos de liberdade assume freqüentemente conotações dramáticas no juízo penal; e a obrigação de o Estado sacrificar na medida menor possível os direitos de personalidade ao acusado transforma-se na pedra de toque de um sistema de liberdades públicas. (GRINOVER, GOMES FILHO, FERNADES, 1993, p.110).

O direito à produção da prova, que é conseqüência da garantia da ampla defesa e do contraditório, precisamente, é direito à prova legitimamente obtida ou produzida, proteção concedida igualmente às partes na demonstração da verdade dos fatos, em igual oportunidade e paridade de armas (TUCCI; CRUZ E TUCCI, 1989, p. 68).

Embora várias terminologias sejam utilizadas no campo das provas proibidas, na definição de Grinover, Gomes Filho e Fernandes (1993, p. 113), com fulcro nas lições de Nuvolone, a prova será ilegal sempre for obtida com violação de normas legais ou de princípios gerais do ordenamento, de natureza processual ou material; se ferir norma processual, a prova será ilegítima, ao passo que se a proibição for de natureza material, a prova será considerada ilicitamente obtida.

A prova ilegal seria gênero de que são espécies a prova ilícita e a ilegítima.³⁶ Se a prova foi produzida com infringência à Constituição ou às leis materiais, serão ilícitas. Neste quadro, são exemplos a prova colhida com violação da intimidade (art. 5º, X, CF) como a utilização do *lie detector* (detector de mentiras), a confissão obtida mediante tortura (art. 5º, III, CF e Lei n. 9.455/97), com violação do sigilo das telecomunicações (art. 5º, XII e Lei n. 9.296/96).

A ilicitude diz respeito à forma como se deu a colheita da prova e sua inserção no processo. Há, pois, dois planos, a produção da prova e sua não aceitação e utilização. Quanto à colheita, poderá ser ilícita; se houver violação da norma de direito processual, ou seja, em momento posterior à sua colheita, a prova será ilegítima. A Constituição Federal buscou impedir a introdução no processo e a valoração da prova ilícita. Se chegou a ingressar no processo, deve ser desentranhada.

A questão da ilicitude de provas envolve sempre uma violação a um bem jurídico. Pode colidir com valores de interesse social e público, mas os interesses do processo penal encontram limites na dignidade da pessoa humana e nos princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito.

Como ressalta Avolio,

a problemática da prova ilícita se prende sempre à questão das liberdades públicas, onde estão assegurados os direitos e garantias atinentes à intimidade, à liberdade, à dignidade humana; mas, também, de direito penal, civil, administrativo, onde já se encontram definidos na ordem infraconstitucional outros direitos ou cominações legais que podem ser contrapor às exigências de segurança social, investigação criminal e acerto da verdade [...]. (AVOLIO, 2003, p. 43).

A denominada prova ilícita por derivação (conhecida como *frutos da árvore envenenada*), originária do direito norte-americano, é aquela colhida a partir de uma prática ilícita e que, por isso, acaba de igual forma contaminada. Prevalece a não admissão desta prova por ser considerada eivada desde o início, com vistas a festejar os princípios constitucionais, pois a Carta Maior é categórica ao vedar a

³⁶ Discordando sobre o termo *ilícito*, Nucci (2004, p. 328) afirma que ele engloba a vedação da prova ilegal e a ilegítima.

utilização de qualquer prova que não tenha origem lícita. É também o que se infere da interpretação do parágrafo 1º do artigo 573, do Código de Processo Penal.³⁷

O caderno processual silenciou sobre ilicitude da prova, mas disciplina cuidados a serem observados na colheita de alguns meios de prova a fim de que não se tornem imprestáveis para o processo. Assim o faz ao limitar e proibir o depoimento de determinadas pessoas como testemunhas (arts. 206 e 207), ao prever a inadmissibilidade em juízo das cartas particulares interceptadas (art. 233), ao prever pormenorizadamente o modo para a realização da busca e apreensão (arts. 240 e seguintes).

Porém, ao mesmo tempo, excetua situações em que essas mesmas provas tornam-se viáveis. Quanto às testemunhas eximidas de depor, poderão fazê-lo se não for possível, por outro meio, obter-se a prova (art. 206, parte final), e as impedidas, se quiserem depor quando desobrigas pela parte interessada. Quanto às cartas particulares, estas “poderão ser exibidas pelo seu destinatário, para a defesa de seu direito, ainda que não haja consentimento do signatário” (parágrafo único do art. 233).

Mostrou-se insuficiente a lei processual quando não fulminou de nulidade as provas ilícitas, limitando com a adjetivação de inadmissíveis apenas as cartas interceptadas. Porém, analogicamente, diante da preocupação com a preservação da liberdade, da integridade física e domiciliar, a colheita da prova com ofensa a esses bens já poderia ser considerada inadmissível (BARROS, 1977, p. 293).

A doutrina discute a possibilidade de atenuação da proibição da utilização da prova ilícita nos casos de excepcional gravidade, relativizando a regra para corrigir distorções resultantes de seu rigorismo quando em colisão com outros princípios fundamentais. A busca pelo equilíbrio entre esses princípios conflitantes desemboca na *teoria da proporcionalidade*, do direito alemão, ou da *razoabilidade*, também chamada de balanceamento ou preponderância de interesses (AVOLIO, 2003, p. 60), que autoriza a superação das vedações probatórias (GOMES FILHO, 1997, p. 104). O princípio da proporcionalidade “es um principio general del Derecho que, em

³⁷ Código de Processo Penal (Decreto-lei n. 3689/41): “Art. 573 [...] § 1º A nulidade de um ato, uma vez declarada, causará a dos que dele diretamente dependam ou sejam conseqüência.”.

sentido muy amplio obliga al operador juridico a tratar de alcanzar el justo equilibrio entre los intereses em conflito” (GONZÁLES-CUELLAR SERRANO, 1990, p. 17).

Tal teoria ou princípio, não recebeu tratamento constitucional expresso. Para o Professor Gomes Filho (1997, p. 106), a Constituição Federal adotou o critério da proporcionalidade ao prever a quebra da inviolabilidade das comunicações telefônicas para fins de investigação criminal ou instrução processual apenas nas hipóteses legais. Embora inexista hierarquia entre os princípios constitucionais, sendo todos eles “considerados relativos em sua normatividade, na medida em que não se admite, [...] que um princípio possa ser absoluto, afastando todos os demais em toda e qualquer hipótese” (TAVARES, 2003, p. 38), a proporcionalidade decorre de uma “hierarquia axiológica ínsita nos valores que informam a ordem constitucional, dos quais são positavações os princípios constitucionais” (PRADO, F., 2006, p. 168). Assim, “ao problema da relação de primazia entre princípios corresponde o problema de uma ordem hierárquica dos valores” (HECK, 2003, p. 71), importa dizer, na eleição de um valor ou interesse que deva prevalecer. Nesta diretiva, Fernandes (A., 2002, p. 54) ressalta que na restrição de direitos individuais há que se observar três requisitos intrínsecos: a necessidade, a adequação e a prevalência do valor protegido na ponderação dos interesses em confronto.

Mas a dignidade humana como valor-fonte tem evidência axiológica no sistema constitucional brasileiro e é imponderável como valor intrínseco e insubstituível, respeitada quando se falar em capacidade de auto-determinação.³⁸ Sobre a deslegitimidade na violação do direito à intimidade e silêncio:

a invocação do princípio da proporcionalidade para autorizar a realização da prova com violação, *exempli gratia*, do direito à intimidade do acusado ou do direito ao silêncio, ou ainda, para a admissão de prova produzida, sem autorização judicial, com violação desses direitos, não se revela legítima, pois o interesse de punir estatal é um interesse deslegitimado e, portanto, indigno de ser levado à balança da ponderação como um bem ou direito efetivamente protegido pela Constituição Federal de 1988. (PRADO, F., 2006, p. 204).

³⁸ Aponta Dias Neto (1997, p. 187) que no direito alemão, onde a doutrina e jurisprudência aceitam e aplicam o princípio da proporcionalidade, na ponderação entre o interesse da coletividade de prestação da justiça penal e o direito ao silêncio do acusado, decide-se pelo último.

Aceita-se a utilização da prova ilícita para favorecer o réu inocente sob o argumento de que a ilicitude é eliminada por causas excludentes (GRINOVER; FERNANDES; GOMES FILHO, 1993; MORAES, A., 2003; NUCCI, 2004), visando a proteger um bem maior que é a liberdade do indivíduo.

Para Greco Filho (1989, p. 113), a condenação de um inocente seria mais abominável que o sacrifício de algum outro preceito legal, valendo como regra a proibição constitucional da utilização das provas obtidas por meios ilícitos, mas que comporta exceções quando houver a presença de outros princípios mais relevantes.

A busca da verdade, termo este que na definição de Mittermaier (1871, p. 78) “é a concordância entre um fato real e a idéia que dele forma o espírito”, no processo penal encontra limites nas garantias e direitos fundamentais. Os meios contrários ao silêncio do argüido em que avultam a violência física, como interrogatórios exaustivos, tortura e maus tratos, e a moral, como tratos autoritários, meios ardilosos, ameaças, narcoanálise, utilização de detector de mentiras, hipnose, devem ser repugnados.

Além de proibir as provas ilícitas, previu o artigo 5º, inciso III, da Constituição Federal que “ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante”. Quanto à tortura, foi incorporada à nossa legislação a Convenção sobre a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes,³⁹ que deu início ao reconhecimento da tortura como delito previsto no ordenamento internacional, impondo aos Estados a obrigação de reprimi-la e de infligir sanções aos violadores, bem assim a adoção de mecanismos necessários para prevenir esses atos. O artigo 4º da Convenção prevê que os países membros se comprometem a tratar a tortura como crime.

A tipificação da tortura entre nós ocorreu somente no ano de 1997, com a Lei n. 9.455, de 07 de abril de 1997.⁴⁰

³⁹ Aprovada na ONU em 1984, firmada pelo Brasil em 23 de setembro de 1985, que a ratificou a 28 de setembro de 1989. A prática da tortura foi repugnada também no Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos (art. 7º). No âmbito regional, através da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura da OEA (1985), firmada pelo Brasil em 1986 e incorporada em 20 de julho de 1989 e da Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 5º, n. 2).

⁴⁰ Até então, para punir os torturadores, recorria-se aos crimes de lesões corporais, ameaça, constrangimento ilegal e abuso de autoridade.

O processo penal, em algumas situações, vê-se entre o interesse da coletividade na tutela jurisdicional penal e o direito ao silêncio do acusado. Mas entre eles, prevalece o núcleo intangível da personalidade, da intimidade, da liberdade, todos convergentes para o respeito da dignidade humana e, por conseqüência, dos direitos fundamentais. Há que se buscar sempre o equilíbrio entre respeito às liberdades públicas e verdade processualmente possível.

Na reflexão sobre a relação entre a busca da prova dos fatos e o imputado, pondera Hassemer que:

O Direito Processual Penal reflete com grande clareza a racionalidade de uma cultura jurídica e a discussão política em torno das posições jurídicas quanto à produção do caso e à preparação da decisão. Aí estão os problemas da justiça, em relação aos quais se tratam com freqüência detalhes complicados da regulação processual de modo bem menos visível que nos chamados problemas fundamentais; por ora, pode-se encontrar dois exemplos disso: a posição jurídica do acusado como de um participante na compreensão cênica e a racionalidade do direito probatório. (HASSEMER, 2005, p. 194).

Prescinde-se de aquilatar se a prova ilícita foi produzida por particular ou agente público com desrespeito aos direitos fundamentais da parte ou de terceiro. O mandamento constitucional é pela sua inadmissibilidade.

Finalizando com as palavras de Barros (1977, p. 294), a busca da verdade não é o objetivo do processo, mas “a realização do Direito. [...] A disquisição criminosa da prova é incompatível com o fim do processo penal”.

CAPÍTULO III

O INTERROGATÓRIO

SUMÁRIO: 3.1 Conceito e características. 3.2 Natureza. 3.3 Faculdade ou obrigatoriedade? 3.4 Momento e oportunidade da realização. 3.5 O interrogatório na fase policial. 3.5 O interrogatório no procedimento do Júri. 3.6 O interrogatório da pessoa jurídica. 3.7 O direito de presença e o Projeto de Lei n. 7.227/06. 3.8 A confissão.

3.1 CONCEITO E CARACTERÍSTICAS

O vocábulo interrogar provém do latim *interrogare* e significa perguntar, interpelar, inquirir, indagar (DE PLÁCIDO E SILVA, 1978, p. 854), sendo o interrogatório um dos atos processuais mais importantes no “qual o juiz procura obter do réu informações que atestem sua identidade, expliquem os fatos contra ele argüidos e destruam o valor da acusação” (FRANCO, 1960, p. 273) ou, simplesmente, como diz Greco Filho, é a “audiência do réu” (1991, p. 200).

O termo *interrogatório* é utilizado para designar as indagações dirigidas ao investigado, indiciado ou réu, dispensados para as demais oitivas realizadas no inquérito ou processo os termos *depoimento* ou propriamente *oitiva* para a testemunha, vítima e perito.

É neste momento que o investigado no inquérito policial ou réu em juízo, tem a oportunidade de ter contato com a autoridade policial ou judicial e realizar sua auto-defesa, apresentando sua versão sobre os fatos a si atribuídos, silenciando ou até fazendo alguma reivindicação.

Com propriedade, Espínola Filho afirma que o objetivo do interrogatório não é a obtenção da confissão, senão a tríplice finalidade¹ de:

¹ Em termos mais simplistas, “As principais finalidades do interrogatório são o estabelecimento da identidade do acusado e a possibilidade da sua defesa” (BENTO DE FARIA, 1942, p. 241).

a) facultar ao magistrado o conhecimento do caráter, da índole, dos sentimentos do acusado: em suma, compreender-lhe a personalidade; b) transmitir ao julgador a versão que, do acontecimento, o inculcado fornece sincera ou tendenciosamente, com a menção dos elementos, de que o último dispõe, ou pretende dispor, para convencer da idoneidade da sua versão; c) verificar as reações do acusado, ao lhe ser dada, diretamente, pelo juiz, a ciência do que os autos encerram contra ele. (ESPÍNOLA FILHO, 2000, v. 3, p. 61).

Segundo a idéia de que é a natureza do meio que garante a consecução do fim, Ferrajoli (2006, p. 560) subordina o interrogatório a certas regras as quais qualifica como lealdade processual, que reúnem, dentre outras, a tempestividade, a contestação verbal não só das acusações, mas de todos os argumentos e resultados instrutórios que se opõem às deduções defensivas, a proibição de perguntas tendenciosas, a clareza das questões, a proibição de tendência a persuadir o inquirido ao arrependimento ou à colaboração com a acusação, a tolerância às interrupções ou intemperanças, a obrigação de investigar as circunstâncias levantadas pelo réu, e, primordialmente, a liberdade pessoal do imputado que só é garantida pela igualdade com a acusação e a capacidade de auto-defesa.

O interrogatório está disciplinado no Código de Processo Penal nos artigos 185 a 196, classificado como prova em espécie bem como parte integrante dos ritos processuais (*verbi gratia*, rito comum: art. 394; procedimento do Júri: art. 465), além da previsão no inquérito policial (art. 6º, inc. V) e no auto de prisão em flagrante (art. 304). Está previsto também em legislações especiais (por exemplo, Lei n. 9.099/95, em seu art. 81).

É ato *oral*, ou seja, será realizado através da verbalização fonética pelo interrogante e interrogado, sem a possibilidade de ambos apresentarem as perguntas e respostas por escrito. A exceção é para o caso de acusado surdo, em que as questões serão apresentadas por escrito e respondidas oralmente; se for mudo, dar-se-á o inverso. Para o surdo-mudo que as perguntas e as respostas serão elaboradas e dadas por escrito (art. 192, inc. III, do Código Processual). Se o interrogado não falar a língua nacional, haverá a necessidade de um intérprete para a perfeita compreensão (art. 193, CPP).

Como os demais, o interrogatório é ato processual *público*, de acordo com a regra constitucional dos artigos 5º, inciso LX,² e 93, inciso IX,³ e adjetiva do artigo 792, § 1º, do Código de Processo Penal,⁴ ficando limitada tal publicidade quando atingida a intimidade, o interesse social o exigir ou para evitar perturbação da ordem.

A partir das disposições processuais, pode-se estabelecer os regramentos do interrogatório: a) comparecendo o acusado perante a autoridade judiciária, será por esta qualificado, é dizer, serão coletados os dados pessoais identificadores do acusado como nome, endereço, naturalidade, profissão, documentação etc. (art. 185, *caput*, primeira parte); b) o interrogatório dar-se-á na presença do defensor com assecuração de entrevista anterior e reservada entre eles (art. 185, *caput*, segunda parte, e § 2º); c) depois de qualificado, o acusado conhecerá o inteiro teor da acusação e será informado do direito ao silêncio e que tal não será interpretado em seu prejuízo (art. 186, *caput* e par. único); d) será realizado o interrogatório propriamente dito (art. 187); e) abre-se a oportunidade para acusação e defesa formularem suas reperguntas (art. 188).

A presença do defensor no interrogatório tornou-se obrigatória com a edição da Lei n. 10.792/03 e sua ausência gera a nulidade do ato (MOSSIN, 2005, p. 180). O direito do imputado à assistência e presença do seu defensor, é considerado por Ferrajoli (2006, p. 560), no modelo garantista do processo acusatório, um dos corolários do direito contra a auto-incriminação, de modo a impedir abusos e violações das garantias processuais.

O *interrogatório propriamente dito* é composto de duas fases: na primeira (art. 187, § 1º), o interrogado será questionado sobre sua pessoa, dados sociais, vida pregressa, existência de outros processos e qual a situação. É o chamado *interrogatório de individualização* ou *qualificação* em que o juiz da causa irá tomar os dados que irão influenciá-lo na aplicação da pena, de acordo com o artigo 59 do

² Constituição Federal: Art. 5º, “LX - a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem”.

³ Constituição Federal: Art. 93, “IX – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos [...] podendo a lei limitar a presença, em determinados atos [...]”.

⁴ Código de Processo Penal (Decreto-lei n. 3689/41): Art. 792, “§ 1º - Se da publicidade da audiência, da sessão ou do ato processual, puder resultar escândalo, inconveniente grave ou perigo de perturbação da ordem, o juiz, ou o tribunal, câmara ou turma, poderá, de ofício ou a requerimento da parte ou do Ministério Público, determinar que o ato seja realizado a portas fechadas, limitando o número de pessoas que possam estar presentes”.

Código Penal.⁵ Na segunda etapa (art. 187, § 2º), será perguntado sobre o fato criminoso a ele imputado, conhecido como *interrogatório de mérito*. Neste, inicia o juiz segundo a ordem estabelecida pelo citado artigo, perguntando sobre a veracidade da acusação. De acordo com a resposta, o juiz adotará o contorno do interrogatório.

Se o réu alegar falsa a acusação, o juiz passará a buscar a coerência da afirmação, dando oportunidade para o réu indicar a pessoa que saiba envolvida com a prática da infração penal, onde estava na ocasião do fato (oportunidade para apresentação do álibi), se conhece as provas já apuradas, se conhece a vítima e testemunhas e se existe algo a alegar contra elas, se conhece os instrumentos ou objetos relacionados com o crime e, por fim, se tem algo a alegar em seu favor, chance ímpar para exercitar sua auto-defesa. Neste momento, dada a palavra ao interrogado, o juiz deve deixar que livremente fale posto que “es oportuno que se le invite al acusado a narrar em forma continua, si así lo quiere, los hechos que son matéria de la imputación, sin interrumpirlo con preguntas o con explicaciones” (FLORIAN, 1969, p. 36). Há, ainda, em complemento, a possibilidade do interrogando diretamente indicar provas que pretenda produzir (art. 189 do CPP).

O interrogatório já foi ato exclusivo do juiz, sem a intervenção da acusação ou da defesa que apenas o presenciavam para evitar abusos. Com a nova redação do artigo 188 da lei processual, de acordo com a redação da Lei n. 10.792/03,⁶ após proceder ao interrogatório, o juiz abrirá o ensejo à acusação e à defesa, respectivamente, para formularem suas perguntas ao acusado. De acordo com o *sistema presidencial*, as perguntas são indiretas, passando antes pelo crivo do magistrado que irá deliberar pela sua pertinência e relevância. Observa-se que o legislador atribuiu ao juiz o poder discricionário para deliberar sobre esses dois requisitos. Aquelas questões tendenciosamente voltadas para a obtenção da confissão do réu ou que firam sua intimidade, devem ser coibidas pelo juiz.

⁵ Código Penal (Decreto-lei 2848/40): “Art. 59. O juiz, atendendo à culpabilidade, os antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime”, as penas aplicáveis, a quantidade, o regime inicial de cumprimento e a substituição da pena se cabível.

⁶ Código de Processo Penal (Decreto-lei n. 3689/41): “Art. 188. Após proceder ao interrogatório, o juiz indagará das partes se restou algum fato para ser esclarecido, formulando as perguntas correspondentes se o entender pertinente e relevante”. A mesma regra foi prevista na Lei 11.343 de 23.08.06 (nova Lei de Entorpecentes), no artigo 57, parágrafo único.

De outro lado, como meio de defesa que é, o direito a reperguntas no interrogatório pela defesa não pode sofrer restrições, bastando que se possibilite ao defensor realizar as perguntas que entenda convenientes e pertinentes para o amplo exercício da defesa.

O artigo 188 da lei processual dispõe que as *partes* serão indagadas sobre novos esclarecimentos. O assistente da acusação é considerado *parte contingente*, ou seja, eventual e desnecessária. O artigo 271 do caderno processual fixa os poderes do assistente⁷ e, entre eles, está a proposição de meios de prova e requerimento de perguntas às testemunhas. Poderá então fazer perguntas ao acusado durante o interrogatório? Não se estabeleceu entendimento ainda a respeito. Diante de uma interpretação extensiva, já que o interrogatório tem natureza secundária de meio de prova, poder-se-ia chancelar ao assistente esta permissão.

No caso de réu preso, o interrogatório deverá, em regra, ser realizado no estabelecimento prisional em que se encontrar, após citação pessoal.⁸ Para tanto, é necessária a existência de sala apropriada, garantidas a segurança do juiz, auxiliares e partes (acusação e defesa) e a publicidade do ato. Caso contrário, o interrogatório dar-se-á no local comum, ou seja, na sede do fórum ou Tribunal (art. 185, § 1º, do CPP). Trata-se de inovação trazida pela Lei n. 10.792/03 visando a evitar a fuga de presos nos deslocamentos e no local da audiência, a contenção de gastos com o aparato policial das escoltas, bem como o desfalque de pessoal nos patrulhamentos.

Se o acusado confessar⁹ a autoria do delito, o juiz adentrará nas perguntas sobre os motivos e circunstâncias do fato e provocará a delação de outras pessoas que concorreram para a infração (art. 190 do CPP). Nesta situação, o interrogante vai verificar a idoneidade das afirmações e buscar detalhes que irão influenciar na aplicação da pena.

⁷ Código de Processo Penal (Decreto-lei n. 3689/41): “Art. 271. Ao assistente será permitido propor meios de prova, requerer perguntas às testemunhas, aditar o libelo e os articulados, participar do debate oral e arrazoar os recursos interpostos pelo Ministério Público, ou por ele próprio, nos casos dos arts. 584, § 1º, e 598”.

⁸ De acordo com a redação do artigo 360 do Código de Processo Penal, modificado pela Lei n. 10.792/03. Anteriormente, o réu preso era *requisitado* para comparecer à audiência de interrogatório e não citado.

⁹ “Confessar é, portanto, aceitar, como verdadeira, a autoria de um fato ilícito, puro e simples, ou de circunstância exacerbante” (TORNAGHI, 1983, p. 383).

Havendo co-réus, serão eles interrogados separadamente. Esse preceito do novo artigo 191, que também foi modificado pela Lei n. 10.792/03, pretende evitar que um réu influencie as respostas do outro que ainda não foi ouvido. Desta forma, aquele que já depôs, poderá permanecer na sala de audiência, a menos que o interrogado assim não deseje por medo ou exercício de pressão psicológica por parte daquele, ensejando uma confissão ou auto-acusação falsa (NUCCI, 2004, p. 387). Observação que se faz é quanto ao co-réu que incrimina o outro. Nesta condição, sua palavra é verdadeiro testemunho e, assim sendo, como meio de prova, deve ser colhida sob o crivo do contraditório.¹⁰ Se não for possível a presença do *réu acusado*, seu defensor deve dar-lhe ciência desta prova.

O interrogatório poderá ser repetido a todo tempo, na redação do artigo 196 do Código Processual. A Lei n. 10.792/03 inseriu neste artigo que tal se procederá “de ofício ou a requerimento fundamentado de qualquer das partes”. A justificação pode estar na necessidade de manifestação do acusado ou indagação do juiz sobre novos elementos trazidos aos autos durante a instrução (ESPÍNOLA FILHO, 2000, p. 83), para a retratação do réu, quando houver parcialidade na colheita do depoimento ou quando tenha havido delação de co-réu envolvendo o interrogado (NUCCI, 2004, p. 391).

De outro lado, ao ter os autos conclusos para sentenciar, o juiz que não presidiu o interrogatório poderá determinar a reinquirição do réu, a fim de suprir dúvida ainda existente para a formação de seu convencimento (art. 502, par. único).¹¹ Em sede de recurso, o Tribunal poderá também proceder a novo interrogatório do acusado, convertendo-se o julgamento em diligência (art. 616),¹² a fim de obter esclarecimentos. Se indeferido em primeira instância o pedido do réu para ser reinterrogado, o Tribunal decidirá e poderá baixar os autos para dar-lhe cumprimento.

¹⁰ No direito português “desde logo que se não for possível assegurar o contraditório sobre o depoimento que o co-arguido prestar, as suas declarações não podem ser consideradas em prejuízo dos co-arguidos no mesmo processo” (SILVA, G., 1999, p. 172).

¹¹ Código de Processo Penal (Decreto-lei n. 3689/41): Art. 502. “Parágrafo único. O juiz poderá determinar que se proceda novamente, a interrogatório do réu ou a inquirição de testemunhas e do ofendido, se não houver presidido a esses atos na instrução criminal”.

¹² Código de Processo Penal (Decreto-lei n. 3689/41): “Art. 616. No julgamento das apelações poderá o tribunal, câmara ou turma proceder a novo interrogatório do acusado, reinquirir testemunhas ou determinar outras diligências”.

3.2 NATUREZA

A posição o interrogatório no Código de Processo Penal no Título VIII (Da Prova), Capítulo III (Do interrogatório do Acusado), mostra que o legislador optou por considerá-lo como meio de prova, com mais razão quando prevê sua realização antes da colheita das demais provas orais como o depoimento das testemunhas. No entanto, muito já se discutiu sobre sua natureza eis que, apesar de sua topografia, é considerado meio de defesa.

Não é possível excluir a qualidade do interrogatório de meio de prova uma vez que através dele o juiz irá formar a sua persuasão e, pelo sistema da livre apreciação e convicção probatória, poderá subtrair do seu conteúdo o que se lhe mostre coerente e convincente, até mesmo em favor do acusado.

Se o interrogado confessa a autoria do crime, em consonância com as demais provas obtidas dentro do conjunto probatório, sua afirmação certamente constitui meio de prova.

De outro lado, o interrogatório, por excelência, é o momento no qual o indiciado ou réu realizará seu direito à ampla defesa, contraditando pessoalmente a imputação, dando sua versão sobre os fatos e indicando provas a seu favor. Na visão de Ferrajoli (2006, p. 560), o interrogatório “é o principal meio de 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”.

A doutrina majoritária considera que interrogatório tem a natureza jurídica mista, seguida da consideração da natureza de meio de defesa e, minoritariamente, como meio de prova. Assim, isoladamente, considera-o meio de prova Aranha (1996, p. 80) deixando claro que “serve como alicerce condenatório, funcionando, acidentalmente, como meio de defesa”, e pode “atuar como elemento incriminador”.

É interessante o posicionamento de Tovo ao assinalar que:

A autodefesa se realiza (sic) principalmente no ato do interrogatório, quando o acusado procura justificar-se. Convenhamos, no entanto, que raramente o acusado faz razoável autodefesa. O interrogatório,

na realidade prática, é muito mais meio de prova incriminatório que autodefesa. Quanto mais o acusado fala tanto melhor para a acusação, por mais inocente que ele seja da imputação que lhe é feita". (TOVO, 1988, p. 43).

Já para Antonio Scarance Fernandes (2002, p. 280), o interrogatório é ato de defesa renunciável. Bento de Faria (1942, p. 247) pondera que o "interrogatório é, essencialmente, meio de defesa, e, por conseguinte, não pode envolver nenhum constrangimento moral". Entende-o também como meio de defesa, Médici (1993, p. 307).

Grinover, considerando um equívoco o Código Processual considerá-lo meio de prova aduz que:

O interrogatório não pode ser meio de prova, porquanto o juiz não goza de disponibilidade sobre o mesmo. O acusado pode calar-se ou mentir; pode deixar de comparecer, não tem qualquer obrigação ou dever de veracidade. Ainda que se quisesse ver no interrogatório meio de prova, seria um meio meramente eventual, perante a faculdade do acusado de não responder, de não comparecer, até mesmo de mentir. Quando muito, pode, o interrogatório tornar-se – e apenas eventualmente – fonte de prova, através das declarações espontaneamente prestadas pelo acusado. (GRINOVER, 1976, p. 28-29).

Complementa a referida autora com Fernandes e Gomes Filho:

É certo que, por intermédio do interrogatório [...] o juiz pode tomar conhecimento de notícias e elementos úteis para a descoberta da verdade. Mas não é para esta finalidade que o interrogatório está preordenado. (GRINOVER; FERNANDES; GOMES FILHO, 1993, p. 71).

Tourinho Filho (2003, v. 3, p. 266) considerava o interrogatório meio de prova devido à localização em que está no Código, mas mudou de opinião após a consagração do direito ao silêncio na Constituição Federal como garantia, chegando à conclusão de "ser ele, apenas, um meio de defesa". Acrescenta que "se o acusado pode calar-se, ficando o Juiz obrigado a respeitar-lhe o silêncio, erigido à categoria de direito fundamental, não se pode dizer seja o interrogatório um meio de prova".

Não obstante, a maior parte da doutrina concebe o interrogatório com o duplo caráter: meio de defesa e, concomitantemente, meio de prova, como o mais coerente (ACOSTA, 1987, p. 224; BITENCOURT, 1996, p. 85; ESPÍNOLA FILHO,

2000, p. 62; FIGUEIREDO DIAS, 1974, p. 442; FLORIAN, 1969, p. 30 e 32; FRANCO, A., 1960, v. 1, p. 276; GRECO FILHO, 1991, p. 200; JARDIM, 2001, p. 353; MARQUES, J., 1998, v. 2, p. 298; MIRABETE, 2002, p. 277; NOGUEIRA, 2000, p. 206; NORONHA, 1998, p. 138; NUCCI, 2004, p. 373; PEDROSO, 2005, p. 34; TORNAGHI, 1983, p. 362; ROXIN, 2003, p. 210). Para Serrano Neves (1960, p. 23) do ponto de vista subjetivo, é ato de defesa; objetivamente, é meio de prova.

Colacionando sobre a natureza mista do interrogatório, o Professor Marco Antonio Marques da Silva arrazoa que:

O interrogatório é meio de prova e de defesa, possibilitando ao julgador, pelas respostas às indagações, formar seu convencimento, favorável ou desfavoravelmente ao réu. Trata-se de auto-defesa, a que se pode somar, pelo assessoramento técnico, a defesa técnica. (SILVA, M., 1993, p. 13).

Quanto à simultaneidade da natureza jurídico-processual, Azevedo pondera:

Não há nenhuma colidência entre esses dois fins, por isso que toda a atividade probatória desenvolvida pelo réu no processo pode ser meio de prova desenvolvida pela defesa. Trata-se de oportunidade de produção de prova, dada à defesa, prova que pode até eventualmente resultar no favorecimento do conteúdo da acusação, mas sempre significando um direito, que se especifica no exercício de um poder processual de defesa com vistas a influir positivamente sobre a formação do convencimento do juiz. (AZEVEDO, D., 2001, p. 138).

A exigência da presença do defensor no interrogatório e a possibilidade de sua participação ativa através da formulação de perguntas, evidencia-o como meio de defesa. Ademais, silenciando o réu, sua opção nada acrescenta no conjunto probatório.

De outro lado se o acusado decide falar, como salienta Tornaghi (1983, p. 362), “o juiz pondera tudo aquilo que o réu afirma, a seu favor ou contra si”, neste caso ganhando roupagem de meio de prova.

Com a consagração do direito ao silêncio como garantia e com as alterações perpetradas no Código Processual Penal pela Lei n. 10.792/03, o interrogatório passou a ser meio primordialmente de defesa e, secundariamente de prova, porque

se o acusado silenciar nada lhe acarretará como exercício pleno de defesa. Se decidir por falar, tudo quanto disser será apreciado pelo juiz, tornando-se a partir de então, meio de prova.

Este entendimento mostra-se claro na opção do legislador ao prever em alguns procedimentos especiais, a realização do interrogatório como último ato de instrução. Assim o é na Lei n. 9.099/95 (Juizados Especiais Criminais).

3.3 FACULDADE OU OBRIGATORIEDADE?

Ao acusado é facultado comparecer ao interrogatório, uma vez que não pode ser obrigado a fazer prova contra si (*nemo tenetur se detegere*). Sua ausência gera a decretação da revelia, com a conseqüente suspensão do processo, do prazo prescricional, da produção antecipada de provas e até a prisão preventiva, se citado por edital,¹³ ou a ausência de intimação pessoal para os demais atos quanto citado pessoalmente.¹⁴

Se lhe for mais acertado quedar-se ausente, quer por conveniência, quer porque não tem nada a alegar a seu favor, o interrogatório do réu não se realizará.

Neste raciocínio, como interpretar o artigo 260 do Código de Processo Penal¹⁵ que determina a condução coercitiva do acusado para participar do interrogatório e outros atos processuais, após a Constituição de 1988?

Guilherme Nucci (2004, p. 507) aponta para essa possibilidade apenas quando o juiz necessite identificar e qualificar o acusado, pois, quanto à qualificação,

¹³ Código de Processo Penal (Decreto-lei n. 3689/41): “Art. 366. Se o acusado, citado por edital, não comparecer, nem constituir advogado, ficarão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional, podendo o juiz determinar a produção antecipada das provas consideradas urgentes e, se for o caso, decretar prisão preventiva, nos termos do disposto no art. 312”.

¹⁴ Código de Processo Penal (Decreto-lei n. 3689/41): “Art. 367. O processo seguirá sem a presença do acusado que, citado ou intimado pessoalmente para qualquer ato, deixar de comparecer sem motivo justificado, ou, no caso de mudança de residência, não comunicar o novo endereço ao juízo”.

¹⁵ Código de Processo Penal (Decreto-lei n. 3689/41): “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 mandar conduzi-lo à sua presença”.

o réu e também o investigado, não têm direito ao silêncio. Caso contrário, estar-se-ia diante de um constrangimento ilegal e abusivo.

Entendendo o interrogatório como um direito individual do acusado, com a possibilidade de requerimento de dispensa antes ou no dia do ato e a continuidade do processo, Dotti (2000, p. 430) colaciona no sentido de que o artigo 260 não é aplicável. Argumenta que, se citado pessoalmente, “Seguem-se os demais atos, com ou sem a presença do acusado que, entretanto, não será mais intimado. Esse é o único ônus que resulta da decisão de não ser interrogado, *ex vi* da regra do art. 367 do Código”. Se citado por edital, poderá requerer a dispensa do interrogatório através de “manifestação expressa e ajuizada no contexto da defesa prévia ou em petição separada”.

De outro lado, a ausência física do réu pode ser compensada pela intervenção técnica do defensor.

É possível afirmar, com a consagração do direito ao silêncio como garantia, que o interrogatório tornou-se facultativo para o investigado ou réu. Há variadas razões para tanto, no sentir de Moraes:

a) afastamento definitivo do ranço inquisitorial que permeia toda a história da inserção do interrogatório em nosso sistema jurídico; b) aproximação à verdadeira *mens legis* do constituinte sobre ampla defesa e direito ao silêncio; c) eliminação do equívoco jurisprudencial em se entender que do exercício de uma garantia constitucional pode advir um prejuízo para o cidadão; d) a economia de tempo e atos processuais sempre que tal meio de defesa não fosse requerido pelo acusado; e) na hipótese de requerimento de interrogatório para depor ao final, o acusado poderá melhor eliminar eventuais dúvidas judiciais surgidas na produção anterior de todas as provas (documentais, periciais e testemunhais). (MORAES, M., 2003, 343).

O ideal, de acordo com o espírito do legislador constitucional, seria sua realização mediante requerimento do réu, após orientação profissional de um defensor sobre a melhor escolha, pois o interrogatório “deve ser apenas uma oportunidade para o réu apresentar sua versão aos fatos. Somente isso, nada mais. É uma oportunidade para o réu explicar-se, caso queira” (SANDEVILLE, 1991, p. 243).

Prevê a Lei de Imprensa, n. 5.250/67, na seção referente à ação penal para os crimes cometidos através da imprensa, que a presença do acusado para o interrogatório é facultativa. Assim, após o recebimento da denúncia, o juiz designará data para apresentação do réu em juízo (art. 45, *caput*). Dispõe o artigo 45, inciso I que se o réu não comparecer para a qualificação, o juiz decretará sua revelia e nomeará um defensor dativo; no final o inciso é claro ao dispor que bastará a presença do advogado ou defensor do réu nos autos da instrução. Intui-se que a presença do réu será necessária apenas para a qualificação. Isso se confirma quando o inciso III do mesmo artigo diz que o réu poderá requerer ao juiz que seja interrogado, caso em que será ouvido antes das testemunhas. É a previsão expressa de requerimento para o interrogatório optativo do réu.

Tamanha é importância do interrogatório na sistemática processual que o ato é indispensável à validade da ação penal, pois a falta do interrogatório, *se estiver presente o acusado*, gera supressão de termo essencial do processo.¹⁶ Mas tal nulidade decorre apenas da ausência de oportunidade para sua realização, pois a ausência espontânea do interrogado, como dito, lhe é facultada. Entendem Grinover, Fernandes e Gomes Filho (1993, p. 75) que se cuida de nulidade insanável. Mossin (2005, p. 175) entende que se o interrogado quer ser ouvido e não o é, presume-se o prejuízo, gerando nulidade absoluta. Ressalta este autor que:

a falta do interrogatório do réu presente por si só não pode ser motivo de nulidade, uma vez que ele poderá se negar a ser interrogado, permanecendo em silêncio; a ausência, porém, desse ato processual, quando o acusado quer verter sua versão judicial e o magistrado não a toma a termo, é causa geradora de nulidade. (MOSSIN, 2005, p. 175)

Opostamente, Nucci entende que a ausência de oportunidade para o interrogatório gera nulidade relativa porque,

em função do direito de permanecer calado, pode a defesa manifestar-se que, a despeito de não ter sido designada data para o interrogatório do acusado, não iria ele valer-se da oportunidade, desejando ficar em silêncio. (NUCCI, 2004, p. 838).

¹⁶ Código de Processo Penal (Decreto-lei n. 3689/41): “Art. 564. A nulidade ocorrerá nos seguintes casos: III – por falta das fórmulas ou termos seguintes: e) a citação do réu para ver-se processar, o seu interrogatório, quando presente [...]”.

Por seu turno, o artigo 572, inciso I, do Código de Processo Penal¹⁷ considera sanada a nulidade gerada pela falta de interrogatório se não argüida no tempo oportuno determinado pelo próprio código (art. 571 do CPP).

De fato, se o réu pretendia exercer seu direito ao silêncio, a ausência do interrogatório em nada o prejudica, prescindindo-se da argüição da defesa e sanando-se o vício. No entanto, como o interrogatório é parte fundamental do exercício da ampla defesa na sistemática do devido processo legal, a ausência de oportunidade para tal atinge garantia estabelecida na Constituição Federal e, assim, não se pode falar em nulidade relativa, mas absoluta.

Se o interrogado, uma vez cientificado da audiência, estiver impossibilitado de comparecer, deverá o ato ser realizado em outra data mas desde que antes da prolação da sentença, pois é ato essencial de defesa. Se não localizado o acusado para a citação e o processo ainda não estiver suspenso (art. 366 do CPP), o juiz poderá designar data para interrogá-lo tão logo seja encontrado. Se estiver foragido e for preso, ser-lhe-á dada a oportunidade para o interrogatório.

3.4 MOMENTO E OPORTUNIDADE PARA A REALIZAÇÃO

Normalmente, o réu é interrogado na primeira oportunidade em que comparece pessoalmente em juízo. No rito ordinário previsto no Código de Processo Penal (arts. 394 a 405 e 498 a 502), o interrogatório é o primeiro ato da instrução¹⁸ depois do recebimento da denúncia ou queixa, realizado antes de qualquer produção de prova. É a primeira audiência. Grinover et al. (1997, p. 166), afirma que assim o é devido à orientação inquisitória do legislador, a reforçar a idéia de meio de prova. A citação do réu já lhe dá ciência da data marcada para comparecer em juízo e ser ouvido.

¹⁷ Código de Processo Penal (Decreto-lei n. 3689/41): “Art. 572. As nulidades previstas no art. 564, III, *d e e*, segunda parte, *g e h*, e IV, considerar-se-ão sanadas: I – se não forem argüidas, em tempo oportuno, de acordo com o disposto no artigo anterior”.

¹⁸ Código de Processo Penal (Decreto-lei n. 3689/41): “Art. 394. O juiz, ao receber a queixa ou denúncia, designará dia e hora para o interrogatório, ordenando a citação do réu e a notificação do Ministério Público e, se for o caso, do querelante ou do assistente”.

No decorrer do inquérito policial é realizado o interrogatório do investigado ou indiciado, bem assim na lavratura do auto de prisão em flagrante. No procedimento do Júri, o réu é ouvido em duas fases distintas: na formação da culpa e em plenário. Ambos os temas serão adiante estudados.¹⁹ Poderá sê-lo, ainda, feito perante o tribunal nos casos de competência originária. No processo de *Habeas Corpus*, o paciente poderá ser ouvido a qualquer tempo, antes do julgamento do pedido (art. 616 do CPP).²⁰ No auto de prisão em flagrante, o conduzido preso será interrogado após a oitiva do condutor e das testemunhas.

Na legislação especial encontramos algumas particularidades no tocante ao interrogatório. O Código Eleitoral, Lei n. 4.737/65, não previa interrogatório no procedimento para apuração e julgamento de crime eleitoral. O denunciado era citado, não para comparecer à audiência de interrogatório, mas para apresentar sua defesa escrita (contestação prévia).²¹ Mas a Lei n. 10.732, de 5 de setembro de 2003, alterou o artigo 359 do Código, passando a determinar que “recebida a denúncia, o juiz designará dia e hora para o depoimento pessoal do acusado, ordenando a citação deste e a notificação do Ministério Público”.

No procedimento dos Juizados Especiais Criminais, previsto na Lei n. 9.099 de 26 de setembro de 2005, o legislador optou por transferir o ato do interrogatório para o final da instrução.²² O objetivo da lei de ultimar o interrogatório na instrução com a presença do réu foi o de dar maior vazão à defesa, como afirma Silva Jardim:

o legislador optou mesmo por ser o interrogatório um meio de defesa. [...] Então, achamos que hoje o réu deva ser interrogado posteriormente, mesmo ouvindo a prova que é colhida na audiência. E o juiz vai dar, no sistema de livre convencimento, no sistema da

¹⁹ Nos capítulos 3.5 e 3.6, respectivamente.

²⁰ Código de Processo Penal (Decreto-lei n. 3689/41): “Art. 616. No julgamento das apelações poderá o tribunal, câmara ou turma proceder a novo interrogatório do acusado, reinquirir testemunhas ou determinar outras diligências”.

²¹ Nesta ótica, entendeu Médici (1993, p. 305) que, por aplicação subsidiária do Código de Processo Penal, o interrogatório deveria ser designado, assegurando a participação do réu se assim quisesse e evitando alegação de nulidade.

²² Lei 9099/95: “Art. 81. Aberta a audiência, será dada a palavra ao defensor para responder à acusação, após o que o juiz receberá ou não, a denúncia ou queixa; havendo recebimento, serão ouvidas a vítima e as testemunhas de acusação e defesa, interrogando-se a seguir o acusado, se presente, passando-se imediatamente aos debates orais e à prolação da sentença”.

²³ O inquérito policial pode ser definido como “o conjunto de diligências realizadas pela Polícia Judiciária para a apuração de uma infração penal e sua autoria, a fim de que o titular da ação possa ingressar em juízo” (TOURINHO FILHO, 2003, v. 1, p. 192).

prova legal, à versão do réu, o valor que merecer nas circunstâncias. (JARDIM, 2001, p. 353).

O posicionamento do interrogatório após a colheita das demais provas prestigia o contraditório e, nomeadamente, a ampla defesa visto que permite um exercício mais completo dessas garantias. Sim, porque o acusado poderá, antes de falar, ouvir todas as provas apresentadas contra si e até mesmo contraditá-las, apresentando sua versão, e optar ou não pelo silêncio. Logicamente, o procedimento sumaríssimo dos Juizados Especiais Criminais “exigirá mais diligência e operatividade do juiz, na medida em que passa a integrar realmente a fase instrutória da ação penal. Porque agora, o Juiz já terá a prova produzida.” (BITENCOURT, 1996, p. 85).

3.5 O INTERROGATÓRIO NA FASE POLICIAL

Como é cediço, a ocorrência do fato delituoso desencadeia, por meio dos órgãos oficiais próprios, a atividade de apuração desse fato e de sua autoria, através do *jus perseguendi* de que o Estado é titular.

Nesta fase de instrução preparatória para a ação penal, realizada pela Polícia Judiciária, é realizada uma série de diligências, a fim de oferecer ao titular da ação elementos que autorizem promovê-la, através do inquérito policial.²³

Na disciplina do inquérito policial, prevista no artigo 6º, inciso V, do Código de Processo Penal,

Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá: [...] ouvir o indiciado, com observância, no que for aplicável, do disposto no Capítulo III do Título VII, deste Livro, devendo o respectivo termo ser assinado por 2 (duas) testemunhas que tenham ouvido a leitura.

De início, pode-se observar que a lei emprega o vocábulo *deverá* para a oitiva do indiciado,²⁴ fazendo entrever em primeiro momento que o interrogatório é obrigatório. Porém, há que se fazer uma releitura sobre a imperatividade imposta

²⁴ Pessoa para a qual convergem todas as investigações sob a qualidade de autora do fato delituoso.

frente à garantia constitucional do silêncio. Cabe à autoridade policial intimar o investigado e proceder o interrogatório se este aceitar. Tourinho Filho (2003, v. 1, p. 243) entende que, por se tratar o inquérito de peça inquisitiva, se o indiciado não atender à notificação, poderá ser conduzido à presença da Autoridade Policial. A identificação e qualificação do suspeito dar-se-ão no transcorrer do inquérito policial; por isso, será imprescindível seu comparecimento para que tal se realize, mas não será obrigado a depor. O mesmo princípio aplica-se ao interrogatório na lavratura do auto de prisão em flagrante. No inquérito policial não só o *indiciado* será ouvido, mas também o investigado e o preso, pois está evidente que o legislador disse menos do que queria dizer.

No interrogatório policial o investigado ou indiciado deve conhecer a imputação que lhe recai e terá a oportunidade de apresentar sua versão sobre os fatos, indicar provas favoráveis a si, apresentar um álibi ou, simplesmente, deixar de responder às perguntas por entender que falar neste momento não lhe será útil.

A realização do interrogatório policial proceder-se-á de acordo com o regramento previsto para o interrogatório judicial, com as devidas adaptações. Assim, deverá o indigitado ser ouvido na presença de um defensor nomeado ou constituído que irá assegurar-lhe dos seus direitos, entre os quais o de permanecer em silêncio, e lhe expor a conveniência ou não de falar e suas conseqüências, previamente à oitiva.

A presença do defensor irá avaliar o tratamento recebido pelo indiciado, resguardando-o de eventuais procedimentos constrangedores para extorquir uma confissão, como pressão psicológica, interrogatórios exaustivos, agressões físicas e utilização de instrumentos proibidos, bem como evitar perguntas sugestivas ou capciosas que pretendam devassar a intimidade do inquirido.²⁵

O acompanhamento do defensor não retira o caráter inquisitivo do inquérito policial. Apesar de não haver acusação formal contra o investigado, o que confirma o inquérito como procedimento administrativo para a coleta de informações, mas

²⁵ Já dizia Serrano Neves (1960, p. 42) que a sujeição do indiciado, “pelas autoridades, a pesquisas de laboratório, à fadiga, à arapuca das ‘cartas fraudadas’, ao ‘instrumental’ e à farmacopéia policialesca *ad eruendam veritatem* é o comportamento dos mais condenáveis, até mesmo fora dos domínios do direito penal”.

também de provas, pretende-se assegurar ao interrogado todas as garantias constitucionais aplicáveis.²⁶

Ademais, não é escusado repetir que o interrogatório é ato essencialmente de defesa, e que durante a fase de investigação policial não se desnatura. Nele, a autodefesa é imprescindível porque os elementos colhidos na investigação formarão o convencimento do titular da ação penal para propô-la ou não.

Todas as regras acima expostas valem também para o interrogatório no auto de prisão em flagrante, em que o preso será ouvido por último, após ouvidos o condutor e as testemunhas.²⁷

O interrogatório nesta situação tem singular importância pois sua concepção “como formalidade essencial para a lavratura do flagrante decorre do interesse de tutela do direito de liberdade, diante da situação excepcional que autoriza a prisão sem ordem judicial”. (GRINOVER; FERNANDES; GOMES FILHO, 1993, p. 232).

A advertência prévia sobre o direito ao silêncio deve constar obrigatoriamente nos respectivos termos de interrogatório, bem como tudo o que o interrogado fielmente disser.

3.6 O INTERROGATÓRIO NO PROCEDIMENTO DO JÚRI

O Júri, Tribunal especial com origem moderna na Magna Carta da Inglaterra de 1215, é reconhecido pela Constituição Federal como instituição com a organização que lhe der a lei, assegurados a plenitude de defesa, o sigilo das votações, a soberania dos veredictos e a competência exclusiva para o julgamento

²⁶ Ao investigado são garantidos: “a) o direito de não ser submetido a tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III); b) direito a que seja respeitada a sua integridade física e moral (art. 5º, XLIX); c) direito à identificação do responsável pela prisão ou pelo interrogatório policial (art. 5º, LXIV); d) direito à não identificação criminal quando identificado civilmente (art.5º, LVIII); [...] f) direito ao silêncio (art. 5º, LXIII)” (FERNANDES, A., 2002, p. 278).

²⁷ Código de Processo Penal (Decreto-lei 3689/41): “Art. 304. Apresentado o preso à autoridade competente, ouvirá esta o condutor e colherá desde logo, sua assinatura [...]. Em seguida, procederá à oitiva das testemunhas que o acompanharem e ao interrogatório do acusado sobre a imputação que lhe é feita, colhendo, após cada oitiva suas respectivas assinaturas, lavrando, a autoridade, afinal, o auto”. Note-se que é empregado o termo *acusado* quando tecnicamente o correto seria *conduzido*.

dos crimes dolosos contra a vida (art. 5º, inc. XXXVIII), é integrante do rol dos direitos e garantias individuais.

O interrogatório no procedimento para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida será realizado em duas oportunidades distintas: a primeira, na fase do *judicium accusationes* ou fase da formação da culpa, na forma prevista para o procedimento comum do código processual (art. 394 do CPP); a segunda, após pronunciado o réu, dar-se-á na fase do *judicium causae*, já em plenário (art. 465 do CPP). Nesta, a oitiva do réu é o primeiro ato praticado após o compromisso do Conselho de sentença.

Tramita no Senado Federal o Projeto n. 4.203-C/2001, já aprovado pela Câmara Federal, que altera as disposições do Código de Processo Penal no Capítulo II, Título II, do Livro II, referente ao procedimento do Júri, prevê a realização do interrogatório do réu em plenário após a oitiva das testemunhas, como último ato de instrução, antes de iniciarem-se os debates (nova redação do art. 474, *caput*). Prevê novos procedimentos para as perguntas feitas ao acusado, que serão diretas (art. 474, § 1º). Estabelece, ainda, que durante os debates o direito ao silêncio não pode ser mencionado para prejudicar o réu (art. 474, §4º).²⁸

Determina o art. 465 do Código de Processo Penal que o presidente do Tribunal do Júri interrogue o réu na “forma estabelecida no Livro I, Título VII, Capítulo III, no que for aplicável”. Desta forma, toda a ritualística prevista nos artigos 185 a 196 será observada também em plenário: o interrogatório será realizado pelo Juiz Presidente, dando a oportunidade ao acusador e ao defensor de reperguntar ao

²⁸ De acordo com o projeto (4203-C/2001), o interrogatório em plenário passaria à seguinte forma:
“Art. 474. A seguir será o acusado interrogado, se estiver presente, na forma estabelecida no Capítulo III do Título VII do Livro I deste Código, com as alterações introduzidas nesta Seção.
§ 1º O Ministério Público, o assistente, o querelante e o defensor, nessa ordem, poderão formular, diretamente, perguntas ao acusado.
§ 2º Os jurados formularão perguntas por intermédio do juiz presidente.
§ 3º Não se permitirá o uso de algemas no acusado durante o período em que permanecer no plenário do júri, salvo se absolutamente necessário à ordem dos trabalhos, à segurança das testemunhas ou à garantia da integridade física dos presentes.
§ 4º É vedada qualquer menção ao silêncio do acusado, às algemas durante os debates, à sentença de pronúncia ou ao acórdão que a confirme, sob pena de nulidade.”(NR)
Art. 475. Sempre que possível, o registro do interrogatório e dos depoimentos será feito pelos meios ou recursos de gravação magnética, estenotipia ou técnica similar, destinada a obter maior fidelidade e celeridade na colheita da prova.
Parágrafo único. A transcrição do registro constará dos autos.(NR)”

final, advertindo-se, antes do interrogatório, sobre o direito ao silêncio e sua amplitude. Para José Frederico Marques (1997, v. 3, p. 212) no plenário do júri de “redobrada importância é o interrogatório do réu, visto que se realiza *coram iudicem*, isto é, perante os sete cidadãos em cujo veredicto irá consubstanciar-se a decisão quanto à acusação que pesa sobre o interrogado”.

Apesar de ser uma oportunidade ímpar para o exercício da auto-defesa, quanto às perguntas dirigidas ao pronunciado, adverte o Professor Catedrático Hermínio Marques Porto que

A postura do Juiz Presidente do Tribunal do Júri, na realização do interrogatório em Plenário, deve estar voltada, e centralmente, para a informação do jurado, que é leigo e, em regra, sem experiência de tais momentos, por isso competindo ao Juiz Presidente não olvidar que está sendo o instrumento informativo de terceiros, também juízes, além de um especial policiamento de suas expressões, pois podem então, indevidamente, refletir o convencimento pessoal e crítico sobre a versão defensiva ou parte dela. (PORTO, 2005, p. 120)

A advertência sobre o direito ao silêncio dirigida ao pronunciado servirá também para orientar os jurados para a formação de seu livre convencimento. Com efeito, aos juízes leigos pode transparecer que o calar signifique admissão da culpa. Por isso, deve ficar muito claro a todos os presentes que o silêncio não poderá ser interpretado em desfavor de quem o exerce por se tratar de uma garantia constitucional.

Logicamente, como o veredicto não é fundamentado, impossível impedir que a convicção sobre a autoria do fato criminoso em virtude do calar do réu seja exteriorizada na votação. Sobre a íntima convicção dos jurados, é impossível

sostener esa neutralidad y passividad frente a um acusado mintiendo abiertamente em su declaración frente a los integrantes del jurado es más que ilusorio, por los efectos ambivalentes que produce. Obsérvese que de por si ya es difícil sostener esa neutralidad cuando el imputado decide no prestar su testimonio. (OJEA QUINTANA, 1999, p. 259).

O juiz togado, diante do contato físico com o réu, não poderá utilizar na sentença a impressão que obteve na observância dos gestos e expressões deste, mas tão-somente aquilo que ouviu como resposta, embora o auxilie na formação de

sua convicção e influencie na fixação da pena. No Tribunal do Júri tal situação não acontece, e o silêncio perante os jurados pode ser desvantajoso, pois como afirma o Prof. Nucci,

Os jurados não fundamentam suas decisões e seus votos. Logo, guardam consigo, sem trocar idéias entre si, todas as impressões, positivas ou negativas, verdadeiras ou falsas, que formaram acerca da personalidade do acusado e da autenticidade ou mendacidade de sua versão. Utilizam-na na formação do seu convencimento e, com isso, o interrogatório diante do Conselho de Sentença é ato essencial. (NUCCI, 1999a, p. 177-178).

Poderá o denunciado silenciar na primeira fase e apresentar sua versão sobre os fatos somente perante os jurados por entender que é a fase mais apropriada ao exercício da auto-defesa, dependendo dos argumentos defensivos. Se a tese defensiva for a existência de causa que exclua o crime ou isente o réu de pena (art. 411 do CPP) deverá o acusado pronunciar-se amplamente já na primeira fase do procedimento em sua defesa visando à obtenção da absolvição sumária. Se o réu for pronunciado e a tese defensiva for uma excludente de antijuridicidade ou culpabilidade, é conveniente que o réu fale a seu favor, reforçando-a perante os jurados.

Determina o Código de Processo Penal que se houver motivo justificável, a ausência do réu em plenário gera o adiamento do julgamento para a sessão seguinte; se afiançável o crime pelo qual foi pronunciado e não houver justa causa para a ausência, far-se-á o julgamento à sua revelia (art. 541, *caput* e § 1º). Portanto, se estiver solto e o crime for inafiançável, deverá o réu comparecer ao julgamento, mesmo que não queira presenciá-lo ou ser ouvido.²⁹ Quando estiver sob a custódia do Estado, este se responsabiliza pelo encaminhamento do preso ao Tribunal do Júri. Caso não tenha nada a alegar em seu favor, é certo que a imposição da sua presença causar-lhe-á um constrangimento porque seu silêncio perante os jurados pode resultar-lhe desfavorável. De outro lado, o comparecimento possibilita aos jurados o conheçam pessoalmente e tenham contato com o acusado.

²⁹ No entanto, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça no RHC n. 2967-GO, Rel. Min. Vicente Cernicchiaro, em 02.08.94: “A Constituição da República de 1988 consagra ser direito do réu silenciar. Em decorrência, não o desejando, embora devidamente intimado, não precisa comparecer a sessão do Tribunal do Júri. Este, por isso, pode funcionar normalmente, conclusão que se amolda aos princípios da verdade real e não compactua com a malícia do acusado de evitar o julgamento.” (BRASIL, 1994).

O interrogatório na sessão do Júri em caso de pronúncia por crime inafiançável é ato indispensável segundo a determinação legal, não se levando em consideração o direito de não comparecer.³⁰ Esta assertiva está a merecer uma releitura após a Carta de 1988.

3.7 O INTERROGATÓRIO DA PESSOA JURÍDICA

A Lei n. 9.605, de 12.02.98 dispôs sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas lesivas ao meio ambiente, incluindo no pólo passivo da ação penal a pessoa jurídica,³¹ de acordo com o permissivo constitucional previsto no artigo 225, parágrafo 3º.³²

A possibilidade da responsabilização penal do ente jurídico é ainda hoje bastante discutida, mas sem um consenso.³³ O indubitado é que nem o Código de Processo Penal tampouco a Lei 9.605/98 estabeleceram regras processuais para as pessoas jurídicas posicionadas no pólo passivo.

René Dotti (2001, p. 168), com acuidade propícia para o caso, questiona: “Quem prestará, em nome do ‘réu’ ou da ‘ré’, o interrogatório? Ou o sistema legal dispensará em tal hipótese o interrogatório que, além de um meio geral de prova é, também um meio de defesa?”. Levorato (2006, p. 112) responde à questão afirmando que a adequação do interrogatório nos moldes previstos no código

³⁰ O Projeto n. 4203-C/2001 faculta a ausência do réu no julgamento em plenário (Cf. nota n. 28).

³¹ Lei n. 9605/98: “Art. 3º. As pessoas jurídicas são responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade”.

³² Constituição Federal: Art. 225, § 3º: “As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”.

³³ Considerando inconstitucional a Lei Ambiental por imposição da responsabilidade penal objetiva: PRADO, L., 2001, p. 36; sobre a incompatibilidade da disposição constitucional com o direito penal em que a responsabilidade é pessoal: CERNICCHIARO; COSTA JR., 1991, p. 138-146; DOTTI, 1995, p. 184 et seq. O Prof. Oswaldo Duek Marques (1998, p. 6) posiciona-se na direção de que a responsabilidade da pessoa jurídica nos crimes ambientais não tem natureza penal, mas administrativa ou civil porque “na esfera penal, prevalece a regra *societas delinquere non potest*. As pessoas morais constituem entidades fictícias, desprovidas de vontade própria, razão pela qual sobre elas não pode recair qualquer juízo de culpabilidade”. Sobre a admissibilidade da responsabilização criminal da pessoa jurídica nas ações lesivas ao meio ambiente e também nos crimes contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular: SHECAIRA, 1998, p. 126.

processual penal inexequibiliza faticamente a imputabilidade criminal da pessoa jurídica.

Admitindo-se a responsabilidade da pessoa jurídica, seria necessária uma adaptação das regras de processo penal de acordo com o preceito processual civil para viabilizar a punição dos autores de delitos ambientais. Guilherme de Souza Nucci (2004, p. 373-374), recorrendo-se da analogia, apregoa que a citação deve ser feita na pessoa do representante legal, conforme a disposição do artigo 12 do Código de Processo Civil e nos moldes da Consolidação das Leis do Trabalho, e “para a data do interrogatório, a pessoa jurídica indica, por instrumento de preposição, quem será em seu lugar ouvido, estando sujeito, naturalmente, às mesmas regras que envolvem a pessoa física [...], vinculando no que disser, a ré”.

Ada Pelegrini Grinover (1999, p. 46) também ampara o interrogatório da pessoa jurídica pela integração da regra de processo civil ao penal sustentando que “a representação em juízo da pessoa jurídica é regulada pelo art. 12 do Código de Processo Civil cujos incisos VI e VIII encontram plena aplicação integrativa no processo penal contra a referida entidade”.

Vladimir e Gilberto Passos de Freitas pensam que o presidente da empresa deva ser interrogado na ação penal, mesmo que a citação se faça na pessoa do representante legal dela, cujo nome e qualificação deverão estar na inicial, pois

O importante é que se dê à pessoa jurídica denunciada a possibilidade de exercitar a ampla defesa, esta sim uma garantia constitucional. [...] O interrogatório deverá ser feito na pessoa do presidente da companhia ou de quem ele indicar. Não tem sentido exigir-se a presença do presidente com exclusividade porque, por vezes, ele nada saberá da ocorrência e em outras poderá ocorrer de nem mesmo ter sido o presidente na época dos fatos. (FREITAS; FREITAS, 2006, p. 73).

O interrogatório da pessoa jurídica retira o caráter personalíssimo do ato. A maior parte dos crimes ambientais admite os institutos da transação penal e a suspensão condicional, previstos nos artigos 76 e 89 da Lei n. 9.099/95, razão pela qual, noticiam Freitas e Freitas (2006, p. 78), há poucas decisões dos tribunais a respeito da responsabilidade penal da pessoa jurídica e a jurisprudência ainda não se firmou.

3.8 O DIREITO DE PRESENÇA E O PROJETO DE LEI N. 7.227/06

O processo penal realiza-se sobre a idéia de que o deslinde da causa não pode ocorrer sem a possibilidade da interferência e influência argumentativa do acusado (HASSEMER, 2005, p. 196). Como outrora dito, o interrogatório em juízo é um momento especial em que o réu tem a oportunidade de estar perante o juiz da causa, dirigir-lhe a palavra se assim o desejar, realizar sua autodefesa, enfim, comunicar abusos e requerer o que de direito com a presença e intervenção de seu defensor.

Os avanços tecnológicos que acompanham os dias de hoje também adentraram os pátios dos tribunais, que não ficaram indiferentes a eles, para facilitar e agilizar a prestação jurisdicional em consonância com o princípio da eficiência previsto no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal,³⁴ orientador da prestação jurisdicional enquanto manifestação do poder estatal. No entanto, muito se tem aventado sobre a preservação das garantias do acusado em contraponto com os princípios da eficiência e economia processual com a adoção do interrogatório à distância através do sistema eletrônico de videoconferência em que o réu preso, sem sair do estabelecimento prisional, é interrogado pelo juiz que permanece na sede do juízo.

Para a realização dessa audiência são instalados câmaras, televisores e aparelhos telefônicos nas salas de audiência tanto na sede do juízo como em sala própria da prisão. O juiz interroga o preso através da transmissão da imagem e do som. Na prisão, estarão presentes os serventuários da justiça e um defensor e, do outro lado da transmissão, o juiz, o promotor de justiça e mais um advogado (BARROS; ROMÃO, 2006, p. 120).

A primeira experiência de interrogatório à distância no Brasil foi o *interrogatório on line* no ano de 1996 (NUCCI, 1999a, p. 235) em que juiz e preso dialogaram apenas por meio de sinal escrito, sem sinal visual e sonoro, transmitido

³⁴ Constituição Federal: “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer do Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de [...] eficiência”.

via *internet*.³⁵ Através do sistema de videoconferência, o primeiro interrogatório ocorreu na Comarca de Campinas, Estão de São Paulo, em 27 de agosto de 1996 (SIQUEIRA JÚNIOR, 2001, p. 492), que permitiu ao juiz conversar como preso em tempo real com transmissão de som e imagem.

No Estado de São Paulo, em 5 de janeiro de 2005, foi editada a Lei Estadual n. 11.819,³⁶ prevendo a utilização da videoconferência nas audiências de presos com o fim de tornar mais célere o processo. Tal lei gerou discussão acerca da inconstitucionalidade em virtude de sua origem. É que, segundo a Constituição de 1988, compete privativamente à União legislar sobre direito processual (art. 22, inc. I), autorizado ao Estado legislar concorrentemente sobre procedimentos em matéria processual (art. 24, inc. XI). Defensores da inconstitucionalidade alegam que a lei estadual tratou sobre processo ao regular a forma da oitiva do acusado.³⁷

Os tratados internacionais de proteção aos direitos humanos preocuparam-se em tutelar a garantia do réu preso de avistar-se com o juiz competente, a fim de preservar o devido processo legal e a ampla defesa. Neste vetor, dispõe a Convenção Americana sobre Direitos Humanos que “toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada” (art. 7º, n. 5) e, ainda, que “Toda pessoa terá o direito de ser ouvida com as devidas garantias [...] por um juiz ou Tribunal competente” (art. 8º, n. 1). Por seu turno, seguindo a mesma diretiva, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos impõe que “qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal

³⁵ Um funcionário da Justiça permanecia junto ao preso para identificá-lo, qualificá-lo e transmitir as perguntas do juiz, além de ouvir e digitalizar as respostas no computador para serem enviadas.

³⁶ Lei Estadual n. 11.819/05: “Art. 1º. Nos procedimentos judiciais destinados ao interrogatório e à audiência de presos, poderão ser utilizados aparelhos de videoconferência, com o objetivo de tornar mais célere o trâmite processual, observadas as garantias constitucionais”. Na capital de São Paulo está instalado o sistema nas 11ª, 18ª e 25ª Varas criminais do Foro Central.

³⁷ Neste sentido, “o *procedimento* é apenas o meio extrínseco pelo qual se instaura, desenvolve-se e termina o processo; trata-se, em outras palavras, de noção puramente formal, não passando da coordenação de atos que se sucedem (Cintra, Grinover e Dinamarco); quando se pensa, ao contrário, nas relações entre sujeitos, fala-se adequadamente em *processo*. Quando o legislador regula a *ouvida* pelo juiz de um dos participantes do contraditório tem-se, é intuitivo, um verdadeiro tema de *processo* e não de *procedimento*” (GOMES FILHO, 2005, p. 6). No mesmo diapasão, “Ainda que se admitisse o poder dos Estados de regular as atuações dos juízes estaduais e dos membros do Ministério Público por normas de organização judiciária ou normas de cunho administrativo, não poderiam dispor sobre direitos do acusado, os quais devem ser objeto de normas federais de direito processual. A norma sobre videoconferência não é, ademais, simples norma a respeito dos locais em que os atos de interrogatório e de instrução processual são efetivados. Ela envolve, necessariamente, direitos dos acusados, como o seu direito a ser ouvido diretamente pelo juiz” (FERNANDES, A., 2005, p. 7).

deverá ser conduzida, sem demora, à presença do juiz ou de outra autoridade habilitada” (art. 9º, n. 3).

Segundo ambos os pactos subscritos pelo Brasil, o direito de ser *conduzido à presença do juiz* não contempla o interrogatório virtual por se tratar de presença física e não por meio de cabos óticos. À época da adoção dos referidos tratados, anos de 1966 e 1969, respectivamente, não se conhecia a utilização de recursos tecnológicos tão avançados, mas objetivou-se explicitar as garantias judiciais mínimas as quais independem da época e do avanço dos meios eletrônicos.

O direito de presença perante o juiz também vem disciplinado no Código Processual Penal quando reza: “o acusado que comparecer *perante a autoridade judiciária*, [...] será identificado e interrogado” (art. 185, *caput*), com grifo nosso. É defeso alegar que o código data de 1941, por isso não vislumbrou a possibilidade do interrogatório à distância porque a reforma realizada através da Lei n. 10.792/05 não previu essa possibilidade,³⁸ mantendo esta redação no *caput* e acrescentando o parágrafo primeiro ao artigo, regulando o local do interrogatório do réu preso.

São muitos os argumentos contrários ao interrogatório sem o contato físico entre autoridade judiciária e réu e muitos seus opositores (CASTELO BRANCO, 2003, p. 682-683; CINTRA JÚNIOR, 1996, p. 3; DOTTI, 1997, p. 476-481; FERNANDES, P., 2002, p. 1-2; HADDAD, 2000, p. 114; NUCCI, 1999a, p. 234).

O direito de presença é garantia da auto-defesa assegurando-se ao acusado avistar-se com o juiz da causa e produzir sua prova livre de qualquer coação moral. O interrogatório é o único momento em que o réu fala no processo. Não se pode esquecer que o interrogatório é a oportunidade também para o juiz ter contato direto com o réu e estudar suas diversas reações, com vistas à fixação da pena. Através deste contato o juiz poderá

³⁸ A Comissão de reforma do Código de Processo Penal constituída pela Portaria nº 61, de 20 de janeiro de 2000, integrada pelos juristas Ada Pellegrini Grinover, que a presidiu, Petrônio Calmon Filho, que a secretariou, Antônio Magalhães Gomes Filho, Antônio Scarance Fernandes, Luiz Flávio Gomes, Miguel Reale Júnior, Nilzardo Carneiro Leão, René Ariel Dotti, posteriormente substituído por Rui Stoco, Rogério Lauria Tucci e Sidney Beneti, em seu projeto repeliu o interrogatório à distância no artigo 185, parágrafo único, *verbis*: “Não se admitirá o interrogatório à distância de acusado preso”.

formar juízo a respeito de sua personalidade, da sinceridade de suas desculpas ou de sua confissão, do estado d'alma em que se encontra, da malícia ou da negligência com que agiu, da sua frieza e perversidade ou de sua elevação e nobreza; é o ensejo para estudar-lhe as reações, para ver, numa primeira observação, se ele entende o caráter criminoso do fato e para verificar tudo mais que lhe está ligado ao psiquismo e à formação moral. (TORNAGHI, 1983, p. 364).

Acrescente-se que a Carta Política assegura a todos a igualdade, por isso réus presos e soltos devem desfrutar de iguais condições. Gomes Filho assinala a oposição ao sistema do interrogatório por videoconferência porque

não há como falar em *processo penal* sem a presença do maior interessado na decisão – o acusado – nos *atos processuais*, que assim são qualificados exatamente pela circunstância de serem realizados diante do juiz e com a intervenção das partes. (GOMES FILHO, 2005, p. 6, grifos do autor).

Em parecer emitido pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária em 30 de setembro de 2002, Carlos Weis afirmou que:

do ponto de vista judicial, o direito do preso de buscar socorro em uma autoridade imparcial e alheia à sua situação de prisão, transforma-se em instrumento de atuação e de preservação do interesse público concernente ao respeito aos direitos fundamentais e à legalidade, como forma de materializar o Estado Democrático de Direito. (WEIS, 2002, p. 5).

Quanto aos efeitos negativos da subtração do contato pessoal e verbal entre interrogado e juiz, no mesmo parecer, Schmidt de Oliveira acrescenta que

é impossível medir o impacto da interação pessoal, da comunicação verbal, no momento da produção da prova, da tomada de depoimentos. E é inegável a força destes outros elementos, perdidos definitivamente com a adoção da videoconferência. (OLIVEIRA, 2002, p. 4).

Recentes tratados internacionais de proteção subscritos pelo Brasil não previram a possibilidade do interrogatório à distância, mas tão-somente a utilização de recursos tecnológicos na produção da *prova testemunhal*. Assim o é no Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional (art. 69, n. 2, segunda parte)³⁹ e na Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, a

³⁹ Decreto n. 4388 de 25.09.02: Art. 69. n. 2. "[...] De igual modo, o Tribunal poderá permitir que uma testemunha preste declarações oralmente por meio de gravação em vídeo ou áudio [...]. Essas medidas não poderão prejudicar os direitos do acusado, nem ser incompatíveis com ele."

Convenção de Palermo (art. 24, n. 2, item b),⁴⁰ sancionada pelo Decreto n. 5.015 de 12 de março de 2004.

Há muitos argumentos de ordem prática a favor da videoconferência. São eles: restringir gastos públicos com o transporte dos presos; impedir o resgate de presos perigosos; evitar o constrangimento que o deslocamento do preso ao fórum gera pelas condições em que é realizado o transporte, pelas longas horas de viagem para aqueles que estão presos a muitos quilômetros e o tempo de espera da realização da audiência sem alimentação adequada; não interromper a rotina do preso no presídio e dos policiais.

Para além desse contexto, o Prof. Chaves de Camargo admite o interrogatório no sistema *on line* posicionado-se da seguinte maneira:

não vejo como possa ser desrespeitado o direito do réu de interferir, ainda porque, na sistemática do direito processual penal brasileiro, não há vinculação do juiz criminal ao caso e sendo escrito o interrogatório, será passível de várias releituras, diferenciadas e valoradas de acordo com o intérprete da comunicação, no caso, o juiz da decisão. (CAMARGO, 1996, p. 11).

Por outro enfoque, se o interrogatório for realizado por videoconferência privilegia-se a identidade física do juiz na colheita das provas. O réu preso em outra comarca não mais seria ouvido por precatória, mas pelo próprio juiz da causa, possibilitando-lhe avaliar como um todo o conjunto probatório. Embora pareça um contra-senso, a realização plena da identidade física do juiz que muito se clama para o processo penal, tal como ocorre no processo civil, tem relação direta com a colheita da prova realizada direta e pessoalmente pelo juiz.⁴¹

O Professor Marco Antonio Marques da Silva, em brilhante obra, aliança a necessidade da vinculação do juiz no processo penal e o contato do juiz com o réu onde ensina:

⁴⁰ Convenção de Palermo: Art. 24. 2: “Sem prejuízo dos direitos do argüido, incluindo o direito a um julgamento regular, as medidas referidas no parágrafo 1 do presente artigo poderão incluir, entre outras: [...] b) Estabelecer normas em matéria de prova que permitam às testemunhas depor de forma a garantir a sua segurança, nomeadamente autorizando-as a depor com recurso a meios técnicos de comunicação, como ligações de vídeo ou outros meios adequados”.

⁴¹ No Estado de São Paulo o Tribunal de Justiça, através do Conselho Superior da Magistratura, editou o Provimento n. CXCI/84, autorizando o interrogatório dos acusados presos ou soltos mediante expedição de carta precatória.

O juiz criminal faz a instrução do processo e *tem contato pessoal* com as partes, desde o interrogatório do acusado, passando pelas oitivas de testemunhas de acusação e de defesa, até a leitura final dos autos. O magistrado que não participou dos atos processuais, por mais cuidadoso e minucioso que seja, não terá jamais condições de avaliar como um todo o conjunto probatório. (SILVA, M., 1993, p. 17, grifos nossos).

Há o entendimento de que o interrogatório à distância não fere a ampla-defesa e o devido processo legal porque o réu não deixará de ser ouvido pelo juiz que o verá virtualmente.⁴² Ademais, todas as garantias seriam observadas uma vez que tanto na sala de audiência do fórum como na prisão, um defensor, a todo tempo, poderá interferir e conversar reservadamente com o outro advogado e com o réu, através do telefone colocado à disposição de ambos. A captação da imagem do réu e de toda sala de audiência dará ao juiz a visão completa daquilo que acontece do outro lado, bem como das expressões e reações do interrogado. Toda a audiência ficará gravada podendo o juiz e as partes reverem-na a qualquer tempo.

A par deste argumento, a Emenda Constitucional n. 45/2004 acrescentou o inciso LXXVIII ao artigo 5º para assegurar “a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”, para uma efetiva e eficiente prestação jurisdicional, enquanto poder-dever do Estado.

Bechara (2006, p. 221) encontra um ponto de equilíbrio para compatibilizar a ampla defesa e a eficiência do processo através do princípio da proporcionalidade, considerando legítimo que o conteúdo do primeiro princípio sofra certa limitação quando houver a necessidade de preservar outros valores com igual índole constitucional. Citado autor preconiza que a participação do réu à distância acarreta mitigação da ampla defesa, mas não o inviabiliza,

já que o núcleo essencial ou duro está preservado pelo princípio da proporcionalidade, diante da possibilidade do acusado intervir no ato processual por meio da tecnologia, mas não fisicamente, resguardado o contato com o defensor. O que deve autorizar o uso da técnica, contudo, é o fundado receio de comprometimento da eficiência do processo, seja por razões de segurança ou ordem pública, seja porque o processo guarde certa complexidade e a

⁴² Neste sentido: “A condução do réu à presença do juiz assegura o contato do julgador com o ser humano que será julgado, é verdade. Mas a videoconferência não retira esse direito do réu, pois ele será colocado defronte ao julgador, virtualmente, e será realizada uma audiência em tempo real.” (BARROS; ROMÃO, 2006, p. 122).

participação à distância resulte necessária para evitar o atraso no seu andamento. [...] Se a audiência à distância acarreta a dispensa da presença física do acusado no ato processual, mitigando a ampla defesa, em nome da eficiência do processo, é necessária decisão judicial autorizando a providência. (BECHARA, 2006, p. 223-224).

Encontra-se em tramitação no legislativo federal o Projeto de Lei n. 7.227 de 2006, que altera a redação do artigo 185 do Código de Processo Penal para determinar que o interrogatório do réu preso se faça por meio de videoconferência ou de outro recurso tecnológico de presença virtual.⁴³ O principal objetivo da reforma é a economia de recursos despendidos com o transporte dos réus presos e a agilidade processual. Na redação do referido projeto fica tolhido o direito do acusado preso de ter contato físico com o juiz, a menos que não haja possibilidade da realização da audiência nos moldes do novo método.

Se aprovado referido projeto, haverá incompatibilidade entre os parágrafos e o *caput* do artigo 185, resultado de reformas pontuais. O projeto de reforma não prevê a presença de dois defensores, cada qual numa sala de audiência, apenas refere-se à fiscalização da Ordem dos Advogados do Brasil (art. 185, § 4º), sem a especificação de como esta se dará, tanto que prevê o uso de equipamento telefônico para comunicação entre preso e defensor quanto este estiver na sala do fórum (art. 185, § 3º). No entanto, a presença do defensor ao interrogatório é indispensável e legítima.

Além disso, não há previsão da existência de cópia dos autos na sala de interrogatório da prisão, o que dificultaria sua consulta caso o defensor lá esteja.

⁴³ De acordo com o Projeto de Lei n. 7227/06, eis a nova redação do Código de Processo Penal: “Art. 185 [...] § 1º O juiz realizará o interrogatório do acusado preso por meio de videoconferência ou outro recurso tecnológico de presença virtual, em tempo real, permitida a presença de defensor. § 2º Antes da realização do interrogatório, o juiz assegurará o direito de entrevista reservada do acusado com seu defensor. § 3º Durante a realização do interrogatório, será assegurado o acesso à linha telefônica reservada para a comunicação entre o preso e seu defensor, quando este estiver na sala de audiência do fórum. § 4º A sala reservada no estabelecimento prisional para a realização dos atos processuais a distância será fiscalizada pelo Ministério Público, pelo Poder Judiciário e pela Ordem dos Advogados do Brasil. § 5º Não havendo condições de realização do interrogatório ou audiência nos moldes do § 1º deste artigo, estes serão realizados no estabelecimento prisional em que se encontrar o preso, em sala própria, desde que estejam garantidas a segurança do juiz e auxiliares, a presença do defensor e a publicidade do ato. § 6º Será requisitada a apresentação em juízo do acusado preso, nas hipóteses em que o interrogatório não se realizar na forma prevista nos §§ 1º e 5º deste artigo”.

Acrescente-se, ainda, que a audiência é pública e na porta da sala do estabelecimento prisional, ou até mesmo dentro dela, pode estar presente a pessoa que constrange o preso.

O direito de autodefesa é renunciável, mas jamais deve ser restringido. Melhor solução seria se o interrogado pudesse optar entre ser ouvido pessoalmente diante do magistrado ou permanecer na prisão onde se encontra e lá ser ouvido. Como impõe restrições, o emprego do interrogatório por videoconferência deveria ser uma exceção, e não a regra, máxime reservado para casos especialíssimos⁴⁴ com decisão judicial a respeito.

Arrematando com o pensar poético de Dotti:

A tecnologia não poderá substituir o cérebro pelo computador e muito menos o pensamento pela digitação. É necessário usar a reflexão como contraponto da massificação. É preciso ler nos lábios as palavras que estão sendo ditas; ver a alma do acusado através de seus olhos; descobrir a face humana que se escondera por trás da máscara do delinqüente. É preciso, enfim, a aproximação física entre o *Senhor da Justiça* e o *homem do crime*, num gesto de alegoria que imita o *toque dos dedos*, o afresco pintado pelo gênio de Michelangelo na Capela Sistina e representativo da criação de Adão. (DOTTI, 1997, p. 480, grifos do autor).

3.9 A CONFISSÃO

A contraposição do silêncio no interrogatório é a confissão, “consistente em toda declaração, ou admissão espontâneas do acusado, acerca de fatos concernentes à acusação e desfavoráveis a ele” (ESPÍNOLA FILHO, 2000, v. 3, p. 85). O conteúdo da confissão é primordialmente a admissão da autoria de crime, mas também inclui a afirmação de circunstância exasperadora ou excludente.

Para Mittermaier (1871, p. 280), a confissão deriva de uma luta no seio do culpado gerado pelo crime, através do qual descarrega o fardo do remorso. Mas vários são os motivos que levam o imputado a assumir a prática de um crime e

⁴⁴ De réus que respondem a crimes de grande gravidade e presos perigosos, ou, ainda, presos em locais longamente distantes do Juízo para um deslocamento razoavelmente custoso, como uma viagem aérea.

colaborar para a apuração da infração penal: o espírito altruísta de proteger o verdadeiro autor do fato; a fruição dos benefícios penais da confissão; a procrastinação para possibilitar a fuga do real culpado; para a ocultação de crime mais grave; por enfermidade mental; desejo deliberado de colaborar com a apuração para que outras pessoas não sejam prejudicadas; por motivos religiosos; pela necessidade de se justificar ou alegar uma causa excludente de ilicitude ou culpabilidade; por exibição etc.⁴⁵

É da natureza humana cerrar os lábios para evitar o que possa prejudicá-la. Por isso, a confissão deve ser voluntária, livre de qualquer coação de ordem física ou moral para que seja válida, bem como sem a utilização de meios fraudulentos para a extração da verdade como a hipnose e o uso de substâncias excitantes ou estupefacientes. Aquela extraída sob violência ou ameaça pode não corresponder à verdade, prevalecendo o medo e a dor sobre a vontade de declarar. A confissão deve ainda ser clara, expressa e feita pelo próprio imputado, sendo inadmissível a presunção da confissão através do comportamento processual do réu.⁴⁶

O momento ordinário da realização da confissão é o interrogatório, seja ele judicial ou extrajudicial (inquérito policial, administrativo e Comissão Parlamentar de Inquérito). Em juízo, poderá ser realizada fora do interrogatório, caso em que o juiz tomará a termo o depoimento do réu que queira confessar em outro momento (art. 199 do CPP).

É parte integrante da definição da confissão a sua produção perante uma autoridade competente, em ato solene e público, ou seja, perante alguém que tenha capacidade legal para ouvir, é dizer, diante do magistrado ou delegado de polícia, e em local apropriado para o ato, com redução a termo das declarações (NUCCI,

⁴⁵ Ao explicar as razões que tornam pouco precisas ou demasiadamente exatas as recordações de um culpado, Altavilla (1982, p. 19) sustenta que o mais sereno de todos é o réu confesso, que já aceitou a parte substancial da acusação e tem interesse em justificar ou atenuar o crime, mas relativiza o dogma tradicional da psicologia judiciária segundo o qual tudo o que o acusado fala contra si deve-se considerar verdadeiro.

⁴⁶ Como já mencionado no Capítulo 1, o artigo 198 do Código de Processo Penal que autorizava a interpretação do silêncio do acusado como elemento de prova para o convencimento do juiz foi revogado pela Constituição Federal de 1988. Tão dramática era a situação anterior à Carta democrática que Ary Azevedo Franco (1960, p. 284-285) assinalava que o sistema adotado pelo código processual era inquisitório quanto à confissão devido à interpretação desfavorável ao réu do seu silêncio.

1999a, p. 83).⁴⁷ Desta forma, as declarações feitas a terceiros ou a policiais não são consideradas confissões, mas meras revelações contrárias ao interesse de quem as fez.

A confissão é tratada no caderno processual como meio de prova (arts. 197 a 200) e assim o é. Para Greco Filho (1991, p. 203) ela não é um meio de prova, mas a própria prova. O fato criminoso está mais próximo da pessoa do réu que dele participou, porque é ela quem guarda os detalhes da ação e suas circunstâncias, como aponta Mittermaier:

Nada mais natural do que acreditar no acusado, quando se refere às observações dos seus sentidos, e que, melhor que ninguém, possui o segredo de todos os detalhes do crime. Entretanto, não é exato que só esse testemunho forma a convicção do juiz; se assim fôra, qualquer confissão daria o mesmo resultado. (MITTERMAIER, 1871, p. 167).

O juiz levará em conta para a formação da sua convicção tudo aquilo que o réu disser em seu desfavor e essas palavras têm grande valor como prova quando acompanhadas de uma pluralidade de elementos e confirmações formadores da convicção do juiz, porque a ocorrência da confissão é fato excepcional.

Como todo meio de prova, a confissão não tem valor absoluto.⁴⁸ Serão aquilatadas as demais provas recolhidas para a verificação de compatibilidade entre aquela e essas.⁴⁹ São condições da confissão a verossimilhança e a credibilidade.

Quando realizada somente na fase policial, a confissão serve como indício e terá valor como prova somente se repetida em juízo, mesmo que o ato seja revestido de todas as garantias legais.⁵⁰ Contrariamente, ao ser explorada pela acusação em plenário do Júri, a confissão causa grande influência na decisão do Conselho de Sentença que julga mais por aquilo que vê e ouve na sessão de julgamento. A par

⁴⁷ Em sentido oposto, “não existe nenhum dispositivo no Código de Processo Penal que impeça a confissão escrita. E se ela consta de escrito pouco importa que esse esteja dirigido ao juiz ou não” (TORNAGHI, 1983, p. 383).

⁴⁸ Código de Processo Penal (Decreto-lei n. 3689/41): “Art. 197. O valor da confissão se aferirá pelos critérios adotados para os outros elementos de prova, e para a sua apreciação o juiz deverá confrontá-la com as demais provas do processo, verificando se entre ela e estas existe compatibilidade ou concordância”.

⁴⁹ Em termos mais amplos, “Se o acusado tem o direito de só se defender e não o dever de facilitar a investigação judiciária, o juiz tem o direito de utilizar largamente as provas de acusação e de defesa, que, voluntária ou involuntariamente, o acusado lhe forneça” (ALTAVILLA, 1982, v. 2, p. 10).

⁵⁰ No sentido oposto de que a confissão na polícia poderá ser valorada pelo juiz, citando tendência internacional: COUCEIRO, 2004, p. 217.

disso, a confissão proferida pelo pronunciado diante dos juízes leigos, dificilmente deixa de ser o elemento informador da condenação.

Ao confessar a autoria, o acusado “será perguntado sobre os motivos e circunstâncias do fato e se outras pessoas concorreram para a infração e quais sejam” (art. 190, CPP), momento em que o juiz vai verificar a idoneidade das declarações. De outro lado, o interrogante irá pesquisar a possibilidade da presença de alguma causa excludente ou uma atenuante.

Se a confissão versar apenas sobre a admissão da autoria do crime, será chamada de *simples*, mas se nela o interrogado alegar algo em sua defesa, com uma circunstância que diminua ou exclua a pena, passará a ser confissão *qualificada*. Pode o juiz aceitar uma parte da confissão e repelir a outra de acordo com o princípio do livre convencimento motivado. Sofrerá também influência deste princípio a retratação da confissão, permitida na pauta do artigo 200 da lei processual.⁵¹

O procedimento do interrogante é de suma importância e pode até ajudar o interrogado a definir em sua consciência se cala ou confessa a autoria do crime, mas jamais deve impor ou induzir a postura a ser seguida, sendo imparcial. As perguntas sugestivas devem ser repelidas. Se o interrogado desejar falar, deve haver liberdade plena para sua manifestação, desde que sobre fatos ligados à imputação. São qualidades necessárias ao interrogante a serenidade e a mansuetude (NUCCI, 1999a, p. 123). O tom de voz, as expressões faciais e a receptividade às respostas são capazes de influenciar as respostas do interrogado. Ao interrogar, nada impede o juiz de questionar o acusado sobre suas contradições e de lhe mostrar a impossibilidade de seus argumentos através das provas colacionadas, bem como perquirir sobre a mudança do depoimento dado em fase anterior. Enfim, a confissão não deve ser extraída, mas livremente verbalizada.

Finalizando com a ênfase de Tornaghi, eis a feição que deve assumir o interrogante:

⁵¹ Código de Processo Penal (Decreto-lei n. 3689/41): “Art. 200. A confissão será divisível e retratável, sem prejuízo do livre convencimento do juiz, fundado no exame das provas em conjunto”.

O juiz não é um inquisidor preocupado em sondar as profundezas d'alma do interrogado. Também não é um psicanalista que remexe os escaninhos do inconsciente. Ele deve se portar como o bom professor no exame do aluno: as perguntas hão de ser claras, em seu conteúdo; precisas, em seus contornos; unívocas, isto é, sem ambigüidade. Não deve agir como vilão, armando ciladas para o réu. (TORNAGHI, 1983, p. 369).

CAPÍTULO IV

A IRRADIAÇÃO DO DIREITO AO SILÊNCIO

SUMÁRIO: 4.1 A abrangência da expressão *preso*. 4.2 O direito ao silêncio das testemunhas. 4.3 A extensão aos depoentes na Comissão Parlamentar de Inquérito e nos processos administrativos. 4.4 O reflexo na produção das provas. 4.4.1 Introdução. 4.4.2 Objeto, sujeito e meios de prova: sua colocação em relação ao argüido. 4.4.3 As intervenções corporais. 4.4.4 A acareação, o reconhecimento e a reprodução simulada dos fatos. 4.4.5 Exames periciais e o teste de alcoolemia.

4.1 A ABRANGÊNCIA DA EXPRESSÃO *PRESO*

A Lei Fundamental, ao consagrar o direito ao silêncio no artigo 5º, inciso LXIII, utilizou-se do vocábulo *preso* para nortear o destinatário da garantia: “o *preso* será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado”. Na verdade, abrange mais que a previsão.

De acordo com a interpretação extensiva que se faz merecer por se tratar de regra processual, a garantia do direito ao silêncio não é exclusiva da pessoa que tem sua liberdade restringida, mas de todos aqueles submetidos a uma investigação ou acusação no campo criminal, estendida ao administrativo.

Isto porque o silêncio é consequência do direito contra a auto-incriminação que, antes de tutelar o direito de calar, protege toda pessoa de ter de depor contra si, produzir provas contra si ou praticar atos lesivos à sua defesa (MORAES; MOURA, 1994, p. 138), festejando o princípio da dignidade da pessoa humana.

Quanto ao alcance da expressão *preso*, salienta Moraes que:

não foi utilizada pelo texto constitucional em seu sentido técnico, pois o presente direito tem como titulares todos aqueles, acusados ou futuros acusados (por exemplo: testemunhas, vítimas), que possam eventualmente ser processados ou punidos em virtude de suas próprias declarações. (MORAES, A., 2003, p. 288).

Como assevera Suanes (2004, p. 333), “É de todo evidente que nosso legislador constituinte *minus dixit quam voluit*”.¹ A jurisprudência e a doutrina pátrias já assentaram o tema (BARROS, M., 2002, p. 167; FERNANDES, A., 2002, p. 279; GOMES FILHO, 1997, p. 113; GRINOVER; FERNANDES; GOMES FILHO, 1993, p. 71; TUCCI, 1993, p. 391).

Além disso, o *caput* do artigo 5º da Constituição Federal² garante aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país o exercício dos direitos e garantias fundamentais, com a ressalva de que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Portanto, mostra um forte caráter protetivo do ser humano. A interpretação sistemática e finalística do texto constitucional asseveram Araújo e Nunes Júnior (2004, p. 101), indica que os direitos fundamentais aplicam-se a todos os indivíduos, independentemente da nacionalidade ou situação no Brasil.

O Supremo Tribunal Federal, em decisão proferida no *Habeas Corpus* n. 68.929-SP, 1ª Turma, em 22.10.91, cujo relator foi o Ministro Celso de Mello, pronunciou-se sobre o momento e o alcance do direito ao silêncio:

O privilégio contra a auto-incriminação traduz direito público subjetivo, de estatura constitucional, deferido e expressamente assegurado, em favor de qualquer indiciado ou imputado, pelo art. 5º, inciso LXIII, da nossa Carta Política. [...]
Qualquer indivíduo que figure como objeto de procedimentos investigatórios policiais ou que ostente, em juízo penal, a condição jurídica de imputado, tem, dentre as várias prerrogativas que lhe são constitucionalmente asseguradas, o direito de permanecer calado. Esse direito – que se reveste de valor absoluto – é plenamente oponível ao Estado e aos seus agentes. Atua como poderoso fator de limitação das próprias atividades penais-persecutórias desenvolvidas pelo Poder Público. (BRASIL, 1992, p. 515).

Nesse diapasão, o direito ao silêncio abrange não só o preso, mas aquele que a Constituição tem como presumidamente inocente, seja no curso do inquérito

¹ E continua: “Nada na história de tal princípio sugere que haja fundamento para essa aparente restrição. Por que motivo apenas ‘ao preso’ se haverá de assegurar o exercício de um direito que nada tem a ver com o fato da prisão? O direito à intimidade (é isso que o preceito protege) pertence a todas as pessoas, não apenas aos acusados. Menos ainda somente aos que tiveram suprimida sua liberdade”. (SUANES, 2004, p. 333).

² Constituição Federal: “Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...]”.

policial, seja em juízo. Podem o investigado e o indiciado no inquérito policial exercerem tal direito, bem assim o acusado na ação penal que se promova. A interpretação literal da norma constitucional pode levar à restrição de garantia fundamental a todos estendida.

4.2 O DIREITO AO SILÊNCIO DAS TESTEMUNHAS

Com fulcro no princípio *nemo tenetur se detegere*, segundo o qual ninguém é obrigado a fazer prova contra si, a jurisprudência e doutrina estenderam o direito ao silêncio à testemunha quanto a fatos auto-incriminatórios, eximindo-a de depor nessa circunstância.³

A prova testemunhal, a mais utilizada no processo penal e que tem como objetivo reconstruir um fato pretérito, consiste no relato do fato que foi percebido e registrado e guardado na memória do indivíduo (AQUINO, 1995, p. 44) e se reveste de presunção de veracidade.

Segundo o estatuto processual penal a testemunha deve prestar compromisso de dizer a verdade do que souber e lhe for perguntado (art. 203). Ela não poderá eximir-se da obrigação de depor (art. 206). As exceções autorizando recusa em fazê-lo são apenas para o ascendente ou descendente, o afim em linha reta, o cônjuge, ainda que separado judicialmente, o irmão e o pai, a mãe, ou o filho adotivo ao acusado, atendendo aos laços afetivos de consangüinidade que prendem a testemunha ao acusado, prestigiando a paz entre as famílias (NORONHA, 1998, p. 149). Além dessas pessoas dispensadas de depor, estão proibidas as pessoas que devam guardar segredo em razão de função, ministério, ofício ou profissão, salvo se desobrigadas pela parte interessada quiserem testemunhar (art. 207), quando terão o dever da verdade. Em todos esses casos trata-se de silêncio testemunhal sobre fato de terceiro.

³ A proteção contra a auto-incriminação a favor da testemunha é amplamente utilizada pela Suprema Corte norte-americana, pois “nenhuma testemunha, em qualquer processo em que se exija legalmente a sua interferência, pode ser obrigada a responder a qualquer pergunta, desde que a resposta possa servir contra ela em futuro processo criminal, ou descobrir provas novas contra a dita testemunha” (PINTO FERREIRA, 1992, v. 3, p. 111).

Assegura, ainda, a Constituição Federal, em seu artigo 53, parágrafo 6º,⁴ que “os Deputados e Senadores não são obrigados a testemunhar sobre as informações recebidas ou prestadas em razão do exercício do mandato, nem sobre as pessoas que lhes confiaram ou deles receberam informações”.⁵

A obrigação de depor e a obrigação de dizer a verdade sobre fato próprio encontram limite na proteção contra a auto-incriminação. Tais obrigações vão até o momento em que suas palavras possam prejudicar o depoente, permitindo-lhe calar para não passar da condição de testemunha a de réu.⁶ O fundamento também encontra base no direito inato de autodefesa e na inexigibilidade de outra conduta por aquele que, depondo na condição de testemunha, cujo conteúdo envolve interesse próprio, passe à condição de investigado ou acusado.

Quando a testemunha adquire o direito de calar nessas circunstâncias, acompanha-na também a possibilidade de mentir sem que se configure o delito de falso testemunho previsto no artigo 342 do Código Penal.⁷

É assente e não de recente data que os tribunais pátrios vêm descaracterizando o crime de falso testemunho prestado por testemunha quanto a declarações prestadas falsamente para a auto-proteção.⁸

⁴ De acordo com a redação que lhe deu a Emenda Constitucional n. 35/2001.

⁵ Lembra Couceiro (2004, p. 232-233) que o direito ao silêncio sobre fato de terceiro encontra respaldo na Constituição Federal em outros casos. Assim, ao prever no art. 5º, VI, a liberdade de crença protegidas as suas liturgias, permite aos ministros a prerrogativa do segredo sobre fatos que tenham chegado ao conhecimento em razão do ministério; também no art. 5º, XIV, ao assegurar “a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional”, permite o silêncio da testemunha sobre fatos de terceiros, incluindo-se dentre outros profissionais os jornalistas e os policiais acerca de seus informantes.

⁶ No direito alemão, o Código Processual Penal (§ 55) determina que toda testemunha poderá negar-se a dar informação diante de uma pergunta cuja resposta possa submetê-la ou a seus familiares, ao risco de uma investigação por ilícito penal ou administrativo, e esse direito deverá ser notificado a ela (DIAS NETO, 1997, p. 189). No direito norte-americano, o destinatário do direito ao silêncio abarca os suspeitos, acusados, investigados e testemunhas pois a 5ª Emenda da Constituição prevê que *nenhuma pessoa* pode ser compelida a ser testemunha contra si mesmo.

⁷ Código Penal (Decreto-lei n. 2848/40) “Art. 342. Fazer afirmação falsa, ou negar ou calar a verdade, como testemunha [...] em processo judicial, ou administrativo, inquérito policial, ou em juízo arbitral. Pena – reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa”.

⁸ Neste sentido a decisão datada de 1966 emanada do Tribunal de Justiça de São Paulo: “FALSO TESTEMUNHO – Delito não caracterizado – Depoentes quem em juízo, teriam alterado suas declarações prestadas no inquérito e onde estaria a verdade dos fatos – Alteração que, todavia, não objetivava proteger o então acusado e sim resguardar os declarantes de se verem envolvidos em futuro processo penal. – Absolvção mantida – Voto vencido – Inteligência do art. 342 do Código Penal. O tipo delitivo previsto no art. 342 do Código Penal não alcança os testemunhos que tragam em seu bojo um interesse próprio, ligado ao fato em foco no processo, envolvendo uma elucidação que poderá acarretar responsabilidade penal ao depoente” (BRASIL, 1966, p. 77).

Nossa Corte Maior, em julgamento de *Habeas Corpus*⁹ contra prisão em flagrante por crime de falso testemunho de depoente que, mesmo compromissado, deixou de revelar fatos que poderiam incriminá-lo, foi firme com o entendimento de que:

Plausível a fundamentação do pedido, em particular, a alegação de que – embora depondo como testemunha, após prestar juramento – não comete falso testemunho quem teria faltado à verdade sobre fato que o poderia incriminar, como parece ser a hipótese: incide aí o princípio *nemo tenetur se detegere*, explicitamente consagrado na Constituição (art. 5º, LXIII) e corolário, de resto, de garantia do devido processo legal.

[...] Tem-se orientado a doutrina no sentido de que não constitui crime o fato de a testemunha ocultar a verdade para não se auto-incriminar. (BRASIL, 1998, p. 626-637).

Resta delimitar até que momento a testemunha recusa-se a responder para não se auto-prejudicar ou mente ou cala a verdade como autora do crime de perjúrio. Assim, “é indispensável que o interrogante tenha cautela na avaliação do depoimento, para não se precipitar, crendo estar diante de testemunha mentirosa, quando na realidade, está ouvindo um ‘futuro acusado’, que busca se esquivar” (NUCCI, 2003, p. 940).

Pode calar sobre fato auto-acusatório não só a testemunha, mas também a vítima enquanto depoente no processo, pois merece o igual tratamento. A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, no artigo 8º, § 2º, *g*, reconhece esse direito. A regra é genérica e vale para qualquer depoente em qualquer esfera, seja penal, civil ou administrativa.

4.3 A EXTENSÃO DO DIREITO AO SILÊNCIO AOS DEPOENTES NA COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO E NOS PROCESSOS ADMINISTRATIVOS

O Poder Legislativo federal não se limita à elaboração de leis, mas tem a atribuição de fiscalização e controle do Poder Executivo. Nesta diretiva, o ordenamento constitucional autoriza o poder legislativo a criar comissões

⁹ STF, HC n. 73.035-DF, Pleno, Rel. Min. Carlos Veloso, 13.11.1996, v. u., *DJ* de 7.4.2003.

parlamentares de inquérito (CPI) da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, conjunta ou separadamente, segundo a classificação de exercício político-administrativo daquele poder.¹⁰

A Comissão Parlamentar de Inquérito é procedimento jurídico¹¹ com a finalidade investigativa dos fatos relacionados ao Governo e à Administração e tem sempre um objeto definido, ou seja, um fato específico relacionado ao Poder Público, o que não a impede de investigar aqueles conexos ao principal. É temporária, ou seja, tem prazo pré-fixado de duração, pois encerrados os trabalhos com a apresentação do relatório final, exaurem-se suas atribuições.

Na lição de Pinto Ferreira (1992, p. 94), é a “comissão nomeada por uma Câmara, composta de membros desta, e que agem em seu nome para realizar um inquérito ou investigação sobre determinado objeto”. Apura Tucci (1994, p. 174) que se trata de “atuação parlamentar extraordinária e transitória, com a finalidade de apurar fato ou fatos relevantes e determinados, respeitantes à condução e à atividade administrativa do Governo”.

Com poder de investigar com *status* próprio das autoridades judiciais, de acordo com a prescrição do artigo 58, parágrafo 3º, da Carta Maior,¹² a CPI tem a equiparação de seus atos aos instrutórios do juiz no processo penal. A Lei n. 1.579/52, que dispõe sobre as Comissões Parlamentares de Inquérito, no art. 6º, ajusta que “o processo e a instrução dos inquéritos obedecerão [...], no que lhes for aplicável, às normas processuais penais” e, portanto, têm as mesmas limitações formais e substanciais que lhe são inerentes, avistando a garantia maior da dignidade humana. Assim, desenvolve-se sob a égide do princípio da legalidade, da fundamentação e publicidade de seus atos, do devido processo legal e da plena

¹⁰ Originada do direito inglês, a CPI no ordenamento pátrio foi expressamente prevista a partir da Constituição de 1934, com exceção da de 1937 (TUCCI, 1994, p. 173). O inquérito, como concepção nos diversos ramos do direito, é o procedimento investigativo preliminar para colher informações que instruirão futuro processo.

¹¹ É diversa a constatação da natureza jurídica do inquérito parlamentar. Ostenta natureza administrativa: TUCCI, 1994, p. 175; tem natureza política: PINTO FERREIRA, 1992, p. 109.

¹² Constituição Federal: Art. 58, § 3º. “As comissões parlamentares de inquérito, que terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas, serão criadas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, em conjunto ou separadamente, mediante requerimento de um terço de seus membros, para a apuração de fato determinado e por prazo certo, sendo suas conclusões, se for o caso, encaminhadas ao Ministério Público para que se promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores”.

assistência jurídica. Explica Moraes (A., 2002, p. 389) que além dessas limitações, ainda incide a denominada *cláusula de reserva jurisdicional*, consistente na previsão constitucional de competência exclusiva dos órgãos do poder judiciário.

A Comissão Parlamentar de Inquérito, como perfilha Fernandes (A., 2002, p. 260), “tem como baliza necessária de sua atuação a preservação dos direitos e garantias individuais, entre estes, merecendo destaque, os direitos do investigado de não se auto-incriminar, de silenciar, de ter assistência de advogado e ao contraditório”. Razão outra não há, como bem salienta Pinto Ferreira:

Não podemos, simplesmente, pressupor que todo inquérito parlamentar seja justificado por uma necessidade pública que sobrepassa os direitos privados atingidos. Fazê-lo seria abdicar da responsabilidade imposta ao Judiciário, pela Constituição, de garantir que o Congresso não invada, injustificadamente, o direito à intimidade individual nem restrinja as liberdades da palavra [...]. (PINTO FERREIRA, 1992, p. 114-115).

Dentre as atribuições da Comissão Parlamentar de Inquérito está a tomada de depoimento de quaisquer autoridades federais, estaduais ou municipais, além de “ouvir os indiciados” e “inquirir as testemunhas sob compromisso”, segundo a disposição do artigo 2º, da Lei n. 1.579 de 18.03.52, que trata sobre os poderes e limites para os trabalhos da CPI.

A lei faz clara distinção entre indiciado e testemunha. Entende-se por indiciado a pessoa sobre a qual recaem as suspeitas de cometimento da conduta criminosa objeto da investigação ou de irregularidades ou abusos. Quando o sujeito adquire esta condição ou a de suspeito, são imperiosas todas as garantias fundamentais, principalmente a de não colaborar com a própria incriminação.

Na qualidade de testemunha na investigação parlamentar o depoente atende às mesmas restrições e obrigações impostas pela lei processual penal, ou seja, será inquirido sob compromisso de dizer a verdade, poderá quedar-se silente quando guarde relação de parentesco com o investigado (art. 206 do CPP) ou quando deva guardar sigilo profissional (art. 207 do CPP). Tem o dever de comparecimento e poderá ser conduzido coercitivamente na forma do artigo 218 do mesmo estatuto e do artigo 3º, § 1º da Lei n. 1.579/52. Esta lei ainda tipifica o crime de perjúrio perante

a Comissão Parlamentar de Inquérito em desfavor da testemunha, perito, tradutor e intérprete.¹³

Se o depoente sofrer qualquer tipo de medida cautelar pessoal ou probatória, não mais poderá ser ouvido como testemunha e assim não se sujeitará aos deveres desta e, então, passa a objeto da presunção de inocência e poderá, se quiser, colaborar ou não com a colheita das provas (FARIA; GOMES, 1999, p. 12). Diferenciar os sujeitos das CPIs para apurar quem deva ser tratado como acusado a fim de assegurar-lhes as garantias daí decorrentes é tarefa dificultosa, porém, imperiosa.

Firmou-se amplamente na Corte Maior a aplicação do direito contra a auto-incriminação nas Comissões Parlamentares de Inquérito como limitação do seu poder de atuação. Neste sentido, são remansosos os julgados do Supremo Tribunal Federal, principalmente ao julgar pedidos de *Habeas Corpus* impetrados pelos depoentes em CPIs a fim de terem seu direito ao silêncio resguardado, sem que viessem a ser presos em flagrante por crime de falso testemunho ou de desobediência.¹⁴

No julgamento do *Habeas Corpus* n. 79.244-8/DF,¹⁵ cujo despacho liminar foi da lavra do Ministro Sepúlveda Pertence, a Corte Constitucional deixou claro que

Não importa que, na CPI – que tem poderes de instrução, mas nenhum poder de processar nem de julgar – a rigor, não haja acusados. A garantia contra a auto-incriminação não tem limites especiais nem procedimentais: estende-se a qualquer indagação por autoridade pública de cuja resposta possam advir subsídios à imputação ao declarante da prática do crime. (BRASIL, 2000, p. 929).

¹³ Lei n. 1579/52: “Art. 4º. Constitui crime: [...] inciso II – fazer afirmação falsa, ou negar ou calar a verdade como testemunha, perito, intérprete, perante a Comissão Parlamentar de Inquérito: Pena: a do art. 342 do Código Penal”.

¹⁴ Assim: HC 89.269/DF, 1ª T., rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 21.11.06, publ. *DJ* 15.12.06, p. 96 (BRASIL, 2006); HC 83.357/DF, Pleno, rel. Min. Nelson Jobin, j. 03.03.04, publ. *DJ* 26.03.04, p. 06 (BRASIL, 2004); HC 80.585/PA, Pleno, rel. Min. Néri da Silveira, j. 08.03.001, publ. *DJ* 06.04.01, p. 69 (BRASIL, 2001); HC 79.589/DF, Pleno, rel. Min. Otávio Gallotti, j. 05.04.00, publ. *DJ* 06.10.00, p. 81 (BRASIL, 2000); MS 23.452/RJ, Plenário, rel. Min. Celso de Mello, j. 16.09.1999, publ. *DJ* 12.05.2000, p. 20 (BRASIL, 2000).

¹⁵ HC n. 79.244-8/DF, Pleno, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 23.02.2000, publ. *DJ* 24.03.2000.

Assim, quem quer que seja o depoente na investigação parlamentar, seu direito de silenciar quanto a respostas que possam revelar contra si algum fato delituoso ou acarretar-lhe grave dano¹⁶ está consolidado, pois o núcleo básico da proteção está no direito de não fazer prova contra si. Assim como ocorre no âmbito policial e judicial, deverá o depoente ser informado sobre o direito e ser acompanhado de advogado.¹⁷

Conforme texto expresso da Constituição Federal, a todos os litigantes, em processo judicial ou administrativo, são assegurados o contraditório e a ampla defesa (art. 5º, inc. LV). Ademais, prevê que “o servidor público estável só perderá o cargo em virtude de sentença judicial transitada em julgado ou mediante processo administrativo, em que lhe seja assegurada a ampla defesa” (art. 41, par. 1º). Desta forma, a cláusula constitucional que garante o direito ao silêncio é válida também para os processos administrativos por abranger todas as oportunidades em que o sujeito passivo é posto em condições de ser inquirido, como abrangência da garantia do contraditório e ampla defesa.¹⁸ Atua, neste sentido, como potente meio de limitação da atuação estatal enquanto oponível a qualquer de seus Poderes.

Em todas as esferas de atuação do Poder Público, antes de iniciar seu depoimento em investigação ou processo, o suspeito, imputado e testemunha devem ser informados sobre a faculdade de falar sobre fatos que possam prejudicá-los, sem restrição alguma, como pleno exercício da garantia constitucionalmente consagrada porque *nemo testis seipsius* (ninguém é testemunha de si mesmo).

4.4 O REFLEXO NA PRODUÇÃO DAS PROVAS

4.4.1 Introdução

¹⁶ Esta ilação está concorde com a interpretação do art. 3º do Código de Processo Penal: “A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito”, c.c. art. 406, do Código de Processo Civil: “A testemunha não é obrigada a depor de fatos: I – que lhe acarretem grave dano [...]”.

¹⁷ Lei 1579/52: Art. 3º, § 2º. “O depoente poderá fazer-se acompanhar de advogado, ainda que em reunião secreta”.

¹⁸ Não se pode deslembrar que o princípio aplica-se ao inquérito civil da Ação Civil Pública (Lei 7.347/85) e no processo de Execução Penal que tem natureza processual, penal e administrativa.

O direito de não provar contra si – *nemo tenetur se detegere* – princípio que segundo Ferrajoli (2006, p. 560), é a primeira máxima do garantismo processual acusatório, está implícito na Constituição Federal e é decorrente da lógica de seus princípios e garantias, principalmente da garantia do direito ao silêncio (art. 5º, LXIII). Ao mesmo tempo, decorre dos tratados internacionais, precisamente do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 14, 3, g) e da Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 8º, 2, g), que têm natureza de norma constitucional (art. 5º, par. 2º), complementando-a quanto ao direito de não cooperar para a própria incriminação.¹⁹ No campo do jusnaturalismo, o privilégio contra a auto-incriminação é um direito natural de auto-proteção que deriva da necessidade de auto-preservação (DIAS NETO, 1997, p. 187). Por isso, o direito ao silêncio irradia-se e tem seus reflexos na produção das provas.

O processo destina-se à efetivação do Direito que provém do fato; este fato precisa ter existência e para tanto precisa ser provado. A prova destina-se à certeza do fato (ROSA, 1982, p. 243).

Prova provém do vocábulo latino *probatio*, que significa experimentação, verificação, exame, confirmação, reconhecimento, confronto; deu origem ao verbo *probare* (probo, confiança, aprovação) (ARANHA, 1996, p. 5).

Ensina Florian (1969, v. 1, p. 3) que provar é fornecer o conhecimento de qualquer fato, de maneira que se adquira para si e gere para os outros a convicção da existência ou verdade desse fato. O clássico Mittermaier (1871, p. 71), com a proficiência que lhe é peculiar, leciona que a prova é a soma dos motivos geradores da certeza dos fatos. Para Marques (J., 1998, v. 2, p. 253) prova é “elemento instrumental para que as partes influam na convicção do juiz e o meio de que este se serve para averiguar sobre os fatos em que as partes fundamentam suas alegações” ou, ainda, segundo Rosa (1982, p. 242), “o meio objetivo pelo qual o espírito humano se apodera da verdade”.

A produção das provas está ligada a uma ótica objetiva e outra subjetiva na medida em que utiliza os métodos e meios relacionados aos procedimentos de

¹⁹ Com a integração da norma constitucional inserida no art. 5º, inciso LXIII, com o regramento previsto nos tratados internacionais de direitos humanos, consagrou-se em nosso ordenamento jurídico o direito humano de não cooperar na própria incriminação.

investigação e, ao mesmo tempo, é uma operação intelectual na busca do conhecimento (GOMES FILHO, 1997, p. 41).

Sua finalidade é chegar o mais próximo possível da verdade do fato criminoso,²⁰ ou seja, da sua reconstrução no processo pelas partes. Por isso a similitude entre o juiz e o historiador enquanto receptores e apreciadores de fato pretérito.

O procedimento probatório, sucessão de atos que visa a colheita de elementos para a decisão sobre a imputação, é senão, a reprodução em juízo, através de vários meios, dos fatos e circunstâncias, a fim de trazê-los a lume. Como afirma Espínola Filho (2000, v. 2, p. 490), no processo penal a prova é “destinada a produzir uma convicção de certeza”, pois nele é rigorosa a exigência de provar a existência do crime, às pessoas envolvidas e a responsabilidades destas.²¹

O conjunto probatório leva ao juiz subsídios para a valoração dos elementos apresentados, segundo o preceito de que é livre para apreciá-las e valorá-las²² de acordo com uma motivação lógica e racional. A expressão do *livre convencimento*, chamado igualmente de *sistema da persuasão racional*, assim como encontra limitação no princípio da *verdade real*, é limitado para as provas colhidas indevidamente, privando o magistrado de utilizá-las como fonte de prova.

A regra legal fixa critérios para a obtenção, produção e admissão da prova. Somente será provado o estado das pessoas de acordo com as restrições estabelecidas na lei civil (art. 155 do CPP). De forma geral, toda prova atentatória à dignidade da pessoa humana e sem as garantias do contraditório e ampla defesa, não pode servir de fundamento da decisão.

²⁰ Em complemento, sobre a percepção da realidade e a certeza: “A verdade não está em nosso poder enquanto o espírito não a percebe; e das várias faculdades do espírito humano, existe uma cuja função é indispensável para a percepção da verdade, qualquer que seja a sua natureza. Esta faculdade é a Inteligência. [...] Como a verdade, em geral, é a conformidade da noção ideológica com a realidade, pode-se dizer, por isso, que a crença da percepção desta conformidade é a certeza” (MALATESTA, 1995, p. 22-23).

²¹ Leciona Manzini (1951, v.1, p. 263) que *certeza* e *verdade* não são expressões sinônimas: “La certeza se refiere a la verdad, no objetiva sino subjetivamente, no absoluta sino relativamente, y es la firme persuasión de que un hecho es verdad, aunque en realidad no lo sea.”

²² Código de Processo Penal (Decreto-lei n. 3689/41): “Art. 157. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova”.

De outro lado, a imputação contida na denúncia norteia e limita o livre convencimento motivado do juiz, cingindo a condenação mesmo diante do surgimento de prova da ocorrência de fato delituoso diverso. A conclusão lógica do magistrado pressupõe uma demonstração através de um silogismo oriundo das premissas que são as provas dos autos. Os conhecimentos pessoais do juiz e os fatos exteriores ao processo também não podem fundar a sua convicção nem substituir a prova.

4.4.2 Objeto, sujeito e meios de prova: sua colocação em relação ao argüido

O *thema probandum*, ou seja, o objeto da prova, afirma Marques (J.,1998, v. 3, p. 254), “é a coisa, fato, acontecimento, ou circunstância que deva ser demonstrado no processo”, excetuando-se as questões que não influenciarão na decisão, como as de somenos, as evidentes e as notórias. (NORONHA, 1998, p. 114).

Os fatos que surgem durante a instrução que nenhuma relação guardam com o crime são as de somenos e podem ser desprezadas. As questões evidentes e notórias não precisam ser provadas porque não remetem à dúvida. Fatos evidentes são aqueles “tão claros e manifestos por si mesmos, que constituem verdades incontestáveis” (ROSA, 1982, p. 252) e os notórios aqueles de conhecimento público. Na busca da verdade real ou processualmente possível, os fatos aceitos ou admitidos pelas partes no processo também são objeto da prova e devem ser demonstrados.

Segundo a classificação doutrinária, *sujeito da prova* “é a pessoa ou coisa de quem ou de onde promana a prova” (ARANHA, 1996, p. 23), que se divide em real, como um documento, e a pessoal, como a testemunha.

A pessoa física como sujeito ativo da prova transmitirá seu conhecimento acerca do objeto da prova conforme sua percepção direta ou indireta de um fato externo (AQUINO, 1995, p. 10).

Florian (1969, v. 2, p. 15 e 66) afirma que o acusado, que tem personalidade processual própria, assume a condição de *sujeito de prova* quando suas afirmações são valoradas no processo, aproximando-se mais do objeto da prova quanto mais informações fornecer. Pode ainda ser *objeto ou sujeito passivo da prova* na sua individualidade física (qualidades físicas, morais e psíquicas), pois seus sinais exteriores e atitudes podem ser objeto de observação e exames.

Quando a prova emana de si, como impressões digitais, fotografias e confissão, pode-se dizer também que o acusado está na condição de sujeito de prova.

Os *meios de prova* “são os meios probantes, os meios pelos quais o juiz recebe os elementos ou motivos da prova” (MARQUES, J., v. 1, 1988, p. 255) e através deles vai firmar seu convencimento.

Para Figueiredo Dias (1974, p. 437-438), o argüido pode ser *meio de prova* em duplo sentido: material, através de suas declarações; em sentido formal, na medida em que seu corpo e seu estado corporal podem ser objeto de exames.

Muitas são as classificações doutrinárias a respeito da prova. Marques (J., 1998, v. 3, p. 256), ao classificar os meios de prova, separa as provas em históricas, que reproduzem um fato ou conteúdo de um documento; críticas, aquelas que tem função apenas indicativa; reais, baseadas em elementos materiais externos ao indivíduo; e as pessoais, que são aquelas “cujo objeto instrumental está constituído por um ser com personalidade e consciência que contribui para formar o convencimento do juiz mediante declarações”. As provas também podem ser diretas ou indiretas de acordo com a cognição do juiz sobre o objeto e o fato. Noronha (1998, p. 116), ao classificar a prova quanto ao sujeito, diz que pode ela ser real ou pessoal, conforme se constitui de uma pessoa ou coisa distinta da pessoa; como prova pessoal cita os exemplos do acusado e da testemunha.

O Código de Processo Penal nomeia os meios ou espécies de prova dos artigos 158 ao 239,²³ mas não de maneira exaustiva, pois a reprodução histórica do

²³ Dentre o rol dos meios de prova do código processual têm-se as perícias, o interrogatório, a confissão, o depoimento do ofendido e das testemunhas, a acareação, o reconhecimento de pessoas e coisas, a apresentação de documentos, o indícios.

fato delituoso deve o mais possível aproximar-se da verdade. Dada a função persecutória do processo, sobretudo de interesse público ou social, a investigação deve ser a mais ampla possível a fim clarear os fatos e aplicar corretamente a medida cabível. Por isso a possibilidade de utilização de outras provas, as chamadas *inominadas*, pois a lei não esgota todos os meios de prova, sendo inadmissíveis aquelas que a lei proíbe, quais sejam, as provas ilícitas e as incompatíveis com a dignidade humana. Portanto, a liberdade na colheita da prova é semi-plena (Nucci, 1999, p. 64).

4.4.3 As intervenções corporais

Feitas algumas considerações preliminares sobre a prova, perquire-se sobre a posição do acusado como objeto da prova ou seu meio diante da máxima *nemo tenetur se detegere*. Tal posição é ventilada quando se pretende que através do seu corpo físico ou atitude positiva facilite a instrução, assumindo, neste caso, a qualidade de instrumento do processo, sem perder a qualidade de sujeito. Em que medida as intervenções corporais do investigado ou acusado, positivas ou negativas, podem figurar-se como elementos de prova?

De início, na definição de Gonzales-Cuellar Serrano, por intervenções corporais,

cabe entender, dentro do processo, as medidas de investigação que se realizam sobre o corpo das pessoas, sem necessidade de obter seu consentimento, e por meio da coação direta se for preciso, com o fim de descobrir circunstâncias fáticas que sejam de interesse para o processo, com relação às condições e o estado físico ou psíquico do sujeito, ou com o fim de encontrar objetos escondidos nele. (GONZALES-CUELLAR SERRANO, 1990, p. 290, tradução nossa).

Mas não há de se confundir réu como objeto da prova com réu objeto do processo. Ele sempre será sujeito do processo e não seu objeto na medida em que se lhe reconhecem todas as garantias de defesa, o direito de não colaborar com a prova e a possibilidade de mentir. Nesta esteira, a precisa orientação de Jorge Figueiredo Dias:

Afirmar-se pois, como agora se afirma, que o argüido é *sujeito* e não objecto do processo significa, em geral, ter de se assegurar àquele uma posição jurídica que lhe permita uma participação constitutiva na declaração do direito do caso concreto, através da concessão de *autónomos direitos processuais, legalmente definidos*, que hão-de ser respeitados por *todos* os intervenientes no processo penal. (FIGUEIREDO DIAS, 1974, p. 429-430, grifos do autor).

A qualidade de sujeito é retirada se imposto o dever de obediência e colaboração (PALMA, 1994, p. 104 e 107). A consideração do imputado como sujeito do processo “Es característica del proceso actual, propio de um Estado de Derecho em las democracias contemporáneas” (HUERTAS MARTÍN, 1999, p. 370). Roxin (2003, p.208-209) afirma que o acusado não é apenas sujeito do processo, é também meio de prova.²⁴

A concepção do processo como garantia de contenção do poder punitivo traz a lume a idéia do acusado como sujeito de direitos e não mero objeto da investigação, pois, conforme verbera Prado,

Quando a aplicação da pena é considerada o fim do processo penal, ainda que se acrescente, por meio do discurso jurídico-penal, limites éticos para o alcance desse fim, o acusado permanece como objeto da investigação. A sua condição de sujeito de direitos na relação processual penal somente é, de fato, respeitada quando o processo penal é concebido como instrumento para a contenção do poder punitivo, tendo como fim garantir o direito de liberdade da pessoa. (PRADO, F., 2006, p. 133).

É inegável que as partes têm o direito subjetivo à prova no processo, bem como o direito de participação em todas as fases da sua produção no decorrer do procedimento, pois sobressai o interesse na reconstrução mais exata possível dos fatos sobre os quais irá versar a decisão judicial (GOMES FILHO, 1997, p. 84).

²⁴ No entanto, há de haver uma diferenciação: “1. Las declaraciones del imputado y su comportamiento en el juicio oral juegan, sin lugar a dudas, un importante papel para la formación de la sentencia del tribunal. [...] A pesar de ello, el imputado no es medio de prueba en sentido técnico, como lo es el testigo; el imputado “no puede ser obligado a declarar como testigo contra sí mismo o a declararse culpable (art. 14, III, g, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos); 2. El imputado únicamente es medio de prueba en sentido técnico (objeto de la inspección ocular) siempre que sea examinado en relación a su estado psíquico o corporal, cuando se toma radiografías o huellas digitales de él, etc. (§§ 81, 81a y 81b), así como cuando se lo confronta con un testigo.” (ROXIN, 2003, p. 208-209). Esta posição justifica-se porque o direito alemão prevê a imposição coercitiva, mediante força física, da realização de exame, no § 81^a do StPO (COUCEIRO, 2004, p. 332).

Não obstante, o direito do acusado a não incriminação impede que seja ele sujeito passivo da produção de qualquer prova requerida pela acusação. Trata-se de prerrogativa, pois, no magistério de Gomes Filho (1997, p. 118) “o direito à prova não vai ao ponto de conferir a uma das partes no processo prerrogativas sobre o próprio corpo e a liberdade de escolha da outra”.

Por isso, questão crucial é a demarcação da atitude do acusado através de uma ação positiva, como participar da reconstituição do crime ou exibir documentos fiscais, e o mero tolerar passivo de uma atividade persecutória por terceiro,²⁵ como um exame clínico das pupilas, uma revista ou um reconhecimento, que não fira sua intimidade (ANDRADE, 1992, p. 127).

Forçoso é reconhecer que a dignidade da pessoa somente é atingida quando o sujeito é forçado a participar de uma ação que prejudicará a defesa ou a tolerar uma medida contra o próprio corpo, invasiva de sua esfera individual, como ser obrigado a permitir a coleta de sangue para exame ou permitir a utilização do polígrafo (*lie-detector*)²⁶ ou da narcoanálise.²⁷

A colaboração do investigado ou réu na produção da prova que irá incriminá-lo há de passar pelo crivo da voluntariedade e aquiescência quando dependa de um agir ou de uma violação física. Dissertando nesta esteira, o Professor Marques da Silva traz à colação:

sempre que o imputado seja meio de prova para a obtenção de alguma prova, este tenha sempre respeitada a sua decisão de vontade, tanto durante o inquérito policial quanto durante a ação penal, de tal forma que a ele caberá a decisão da qual posição

²⁵ Sobre a posição da nossa Corte Constitucional, relata Haddad (2005, p. 79-80) que o Supremo Tribunal Federal entende tuteladas pelo princípio contra a auto-incriminação condutas não-verbais do acusado que importem em uma atividade. Quanto às demais provas relacionadas ao réu, cuja produção não dependa de sua participação ativa, senão o mero tolerar, o Supremo Tribunal Federal ainda não apreciou a matéria em confronto com o princípio *nemo tenetur se detegere*.

²⁶ Aparelho destinado ao registro das variações fisiológicas de pessoa submetida ao interrogatório para o fim de descobrir se mente de acordo com as perguntas formuladas.

²⁷ Método em que se aplica uma injeção no interrogado para aumentar a sugestão e diminuir sua inibição. Sobre o tema, assevera Figueiredo Dias (1974, p. 459) que “torna-se evidente que o método exclui ou diminui a liberdade da vontade e da decisão da pessoa sobre *se* e *como* das suas declarações, viola a autonomia ética da personalidade do interrogado e torna-o um mero objecto de experiências médicas. É irrecusável, assim, a conclusão de que o interrogatório através do método narcoanalítico ofende a dignidade da pessoa humana [...]. O que acaba de dizer-se da narcoanálise, vale em princípio para o polígrafo”. Sofrendo dura crítica, “Las intervenciones corporales suponen graves intromisiones de los poderes públicos em la esfera más íntima del individuo, su propio cuerpo” (GONZELES-CUELLAR SERRANO, 1990, p. 297).

pretenda tomar perante a matéria que se ponha com objeto de prova. (SILVA, M., 2001, p. 131).

No sentir de Roxin (2003, p. 214), “De la posición del imputado como sujeto procesal resulta que su libre voluntad de decisión y su voluntad de acción tampoco pueden ser menoscabadas en su papel como medio de prueba.”.

O auto-testemunho não pode ser considerado meramente uma comunicação que envolve palavras, é dizer, verbal ou escrita, mas também gestual, aquela que depende de um agir. O direito ao silêncio é maior que o direito de ficar calado, justificado porque “Os preceitos garantistas constitucional e convencional conduzem à certeza de que o acusado não pode ser, de qualquer forma, compelido a declarar contra si mesmo, ou colaborar para a colheita de provas que possam incriminá-lo” (STEINER, 2000, p. 125). Como afirma Haddad (2005, p. 324), o direito de permanecer calado “é expressão sinedóquica do princípio contra a auto-incriminação e compreende todas as ações que redundem em exigir do acusado prova de sua responsabilidade penal”. Neste sentido, obrigar o acusado a participar de uma ação é obrigá-lo a testemunhar em seu desfavor.

Na produção da prova que não dependa da ação do investigado ou acusado, mesmo que invasiva, como uma busca e apreensão, não há que se falar em coerção, pois não o está utilizando como instrumento para reconhecer e descobrir os fatos. O mesmo se pode dizer sobre a coleta de material destinada a exame sem a participação do sujeito: vestígios de sangue, de sêmen, cabelo, saliva etc. Ao contrário, é patente a violação da garantia contra a auto-incriminação quando existe coação para tolerar que se pratique uma ação contra si ou, ainda, quando a negação da colaboração nesta circunstância é revertida em seu desfavor. Adverte Costa Andrade que:

o argüido não pode ser fraudulentamente induzido ou coagido a contribuir para a sua condenação, *sc.*, a carrear ou oferecer meios de prova contra sua defesa. [...] não impende sobre o argüido um dever de colaboração nem sequer um *dever da verdade*. (ANDRADE, 1992, p. 121, grifos do autor).

Se a prova ilegal é aquela obtida mediante violação de normas legais ou de princípios gerais do ordenamento, a prova obtida mediante a coerção do acusado à

demonstração da verdade dos fatos que fira a sua intimidade é prova ilícita porque confronta com o princípio de que ninguém é obrigado a fazer prova contra si mesmo.

De outro lado, se o silêncio é garantia constitucional festejada por outras como a ampla defesa e o contraditório, o devido processo legal, a inviolabilidade da intimidade, a proibição da utilização de provas ilícitas e a presunção de inocência, a inércia do imputado frente à produção da prova que irá servir de base para sua condenação, não pode contra ele sopesar negativamente, pois é exercício conjunto de todas essas garantias. A raiz é a mesma daquela que proíbe seja o silêncio interpretado em desfavor de quem o usufrui. O direito ao silêncio não se exaure em si. Ele tem seus reflexos na produção da prova.

Novamente reportando-se à louvável máxima Kantiana, o ser humano não pode ser visto como coisa, tampouco utilizado como objeto. É forçoso reconhecer que a existência humana já obriga ao tratamento da pessoa com dignidade, respeitando sua intimidade, pois a descoberta da verdade não justifica a coação pessoal do imputado.

4.4.4 A acareação, o reconhecimento e a reprodução simulada dos fatos

Dentre as provas nominadas está a *acareação* (arts. 229 a 230 do CPP) que consiste em confrontar, frente a frente, dois depoentes, sejam eles testemunhas, vítima ou acusado, a fim de esclarecer ponto controvertido de relevância para o deslinde do processo.

Se o acusado pode silenciar e até mesmo falsear a verdade dos fatos, qual o sentido da acareação entre ele e os outros depoentes? Em verdade, quando esse meio de prova envolve o imputado, jamais poderá ser utilizada para a verificação do conteúdo do seu depoimento quando se tratar de fato próprio, ou seja, que possa prejudicá-lo. Se houver ponto divergente proferido pela testemunha ou ofendido a acareação servirá para apurar se mentiram ou erraram, podendo ser requerida ao juiz pelo acusado.

De outro lado, o imputado não pode ser compelido a participar da acareação para se aquilatar se está ou não relatando os fatos assim como ocorreram quando suas palavras diferem do relato da vítima ou testemunha. Na acareação entre réus há de ser respeitado o direito ao silêncio e o direito de não se auto-incriminar, pois “o indiciado ou réu não é obrigado a participar da acareação. Se ele tem até o direito ao silêncio, com muito mais razão o de opor-se a uma acareação que poderá ser prejudicial” (TOURINHO FILHO, 2003, v. 3, p. 336).

Quanto ao *reconhecimento* (arts. 226 a 228 do CPP), que é o ato pelo qual se faz a verificação e a confirmação da identidade da pessoa ou da coisa que é exibida, o que mais interessa a este estudo é o reconhecimento de pessoas como meio de prova que impescinde da participação do investigado ou réu, porque como ato formal que é, “a pessoa, cujo reconhecimento se pretender, será colocada, se possível, ao lado de outras que com ela tiverem qualquer semelhança” (art. 226, inc. II, CPP).

A controvérsia está na coercitividade do comparecimento do réu para participar do reconhecimento, já que o código processual no artigo 260 determina que o acusado pode ser conduzido à presença do juiz caso não atenda a intimação.²⁸ Nenhum problema verterá se o investigado ou acusado já estiver presente no local onde tal se procederá, pois basta que os reconhecedores lá também estejam. A tolerância passiva do reconhecimento em nada repercute na esfera do individualismo ou intimidade da pessoa a ser reconhecida.²⁹

Sobre a conseqüência processual da negativa, Nucci (2004, p. 507) afirma que a recusa em submeter-se ao reconhecimento, embora não seja prova direta de culpa, gera elemento de auxílio ao convencimento do juiz. Segundo o autor, o réu não está obrigado a colocar-se lado a lado com terceiros para a identificação, mas o juiz pode determinar o comparecimento do réu para obter deste, pessoalmente, a

²⁸ Código de Processo Penal (Decreto-lei n. 3689/41): “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 mandar conduzi-lo à sua presença”.

²⁹ Pela obrigatoriedade da condução do imputado: MIRABETE, 2002, p. 336; NORONHA, 1998, p. 182. Contra, para quem o art. 260 é inconstitucional: COUCEIRO, 2004, p. 343. Neste sentido, Suanes (2004, p. 334) entende que o acusado não é obrigado a comparecer a nenhum ato processual se não o desejar.

recusa em participar, porque neste caso forma-se indício negativo à sua defesa.³⁰ Na mesma linha entende Huertas Martín (1999, p. 411), pois nas intervenções corporais “existem suficientes e relevantes interesses públicos em jogo para que a negativa injustificada do imputado em colaborar, quando essa colaboração resulta imprescindível, não possa converter-se em refúgio de impunidade” (tradução nossa). De forma contrária, Haddad pensa que:

Em processo penal, a omissão somente teria relevância se também se exigisse do acusado uma ação. Esta ação só poderia ser uma atividade probatória, pois o princípio contra a auto-incriminação atua no campo da prova penal. Ocorre que o acusado nada precisa provar [...]. E se não é exigível um “dever de agir probatório”, não é correto alegar que a omissão do acusado, ao contrário da omissão penalmente relevante, redunde em conseqüências jurídicas a si desfavoráveis. (HADDAD, 2005, p. 82, grifo do autor).

Posição interessante é a trazida por Azevedo (D., 2001, p. 138) entendendo que “Outros meios de prova, no processo, podem não ser utilizados, ou utilizados negativamente, (p. e. renúncia a prova testemunhal duvidosa ao interesse da defesa), sem que isso traga qualquer presunção a favor ou contra o réu”.

A reconstrução do crime ou reprodução simulada dos fatos que segundo Silva (G., 1999, p. 176) “não tem como finalidade a confirmação de um facto histórico, mas antes verificar se um facto poderia ter ocorrido nas condições que se afirma ou supõe a sua ocorrência e na forma de sua execução”, é instrumento que pode revelar pontos falhos dos depoimentos das testemunhas, indiciado ou vítima.³¹

Essa forma de persecução exige do investigado uma atividade física, ou seja, uma participação ativa. Por esta razão, não é possível exigir dele que participe da reconstrução do crime colaborando para o prejuízo da própria defesa, a menos que o faça para seu interesse. Cabe-lhe o direito de ficar inerte. O sujeito não pode ser convertido em meio ativo de prova contra si mesmo e, por isso, não há como constranger alguém a fazer prova contra si diretamente pelo constrangimento físico, ou indiretamente, pela ameaça de prisão por desobediência. Caso contrário, seria

³⁰ Com idêntico entendimento de que a recusa em colaborar com a produção das provas é indício de culpabilidade: COUCEIRO, 2004, p. 333.

³¹ Código de Processo Penal (Decreto-lei n, 3689/41): “Art. 7º. Para verificar a possibilidade de haver a infração sido praticada de determinado modo, a autoridade policial poderá proceder à reprodução simulada dos fatos, desde que esta não contrarie a moralidade ou a ordem pública”.

instrumento da própria condenação. Máxime poderia ser conduzido ao local da reconstituição - o que se faz quando se trata de indiciado preso - mas deixar de participar, mesmo que tenha confessado a prática do delito.

Como a reconstituição exige uma colaboração ativa, a presunção de culpabilidade ante a recusa parece esbarrar no exercício de não ser obrigado a agir contra si. De outro lado, o ônus da prova cabe a quem alega e deve a acusação buscar através de outros meios provar a imputação.

Concluindo com o mestre lusitano Manoel da Costa Andrade sobre a colaboração do imputado na colheita das provas,

enquanto emanção normativa da dignidade da pessoa humana e do livre desenvolvimento da personalidade, o princípio *nemo tenetur* não comporta discontinuidades, sequer graduações, em função das sucessivas fases do processo ou da intervenção das diferentes instâncias formais. Irrestritamente válido em relação às autoridades judiciárias, terá de sê-lo igualmente perante os órgãos de polícia criminal. (ANDRADE, 1992, p. 131)

4.4.5 Exames periciais e o teste de alcoolemia

Exame vem de examinar, que significa investigar, analisar, pesquisar minudentemente uma coisa (ROSA, 1982, p. 227). Perícia é a habilidade, proficiência de um profissional. Assim exame pericial é aquele realizado sobre fatos e pessoas por profissional com conhecimento técnico. O perito vai conhecer o fato através dos exames dos vestígios (sinais, materiais, resquícios) deixados pela prática criminosa para instruir o julgador, sendo a cognição do perito subsequente ao fato.

A prova pericial tem grande carga probatória³² porque realizada cientificamente, embora não esteja o juiz adstrito a ela. Dentre os exames periciais, há aqueles que guardam relação direta com o imputado porque são realizados sobre

³² Nesta posição, "Um exame pericial, correto e escrupuloso, constituirá a melhor das provas do fato criminoso, porque, na frase de João Mendes, é o olho que vê, a mão que apalpa, a trena que mede, a ciência que tolhe a chicana, a arte que materializa a verdade" (ROSA, 1982, p. 289).

seu corpo ou sobre vestígios biológicos deixados por ele, ou dependem da sua colaboração para serem levados a cabo.

Tem-se o exame *grafotécnico*, chamado também de *grafológico* ou *caligráfico*, aquele “realizado para o reconhecimento de escritos, por comparação de letra” (art. 174 do CPP), que pode ser realizado por comparação entre escritos emanados do punho do investigado ou acusado e a prova documental dos autos. Mas, como determina a lei, a pessoa a quem se atribua o escrito será intimada para fornecer os padrões gráficos quando não existir material suficiente para proceder a comparação. Neste último caso, a produção da prova depende de uma colaboração ativa do imputado.

Sendo assim, se o exame dos escritos for prova requerida pela acusação, não está o réu obrigado a fornecer os padrões gráficos.³³ Mesmo que o investigado não compareça ou comparecendo decida não fornecer a grafia, a autoridade pode valer-se de outros meios para a comparação de escritos, como a própria assinatura no termo. Tudo quanto foi dito para o exame grafotécnico aplica-se para o exame residuográfico realizado no corpo do investigado, aquele utilizado para averiguar a presença de resíduos que possam servir de indícios de prova, como o exame para constatação de resíduos de pólvora que comprovem o disparo de arma de fogo.

Quanto ao fornecimento de padrões vocais a fim de peritagem fonética, com mais razão fica facultada a colaboração do imputado porque pode ofender frontalmente a garantia do direito ao silêncio.³⁴

O exame do DNA (ácido desoxiribonucleico) é hoje em dia o mais preciso quando se fala em identificação humana e, por isso, constitui poderoso elemento de prova. A afirmativo é devido à precisão oferecida pelo exame que é de 99,99%. O código genético do DNA possui uma grande estabilidade e permite a identificação com grande margem temporal, até mesmo de anos. Está presente em todos os núcleos celulares possibilitando obter indícios biológicos de pequeninas porções que

³³ É esta a decisão do Supremo Tribunal Federal, no *Habeas Corpus* n. 77.135, Rel. Min. Ilmar Galvão, *DJU* de 6.11.1998 (BRASIL, 1998).

³⁴ Neste sentido: “O privilégio contra a auto-incriminação, garantia constitucional, permite ao paciente o exercício do direito de silêncio, não estando, por essa razão, obrigado a fornecer os padrões vocais necessários a subsidiar prova pericial que entende lhe ser desfavorável” (STF, HC n. 83.096, relatora Min. Ellen Gracie, *DJU* 12.12.2003) (BRASIL, 2003).

se encontrem no local do fato criminoso. As cadeias seqüenciais de DNA são específicas para cada indivíduo e não se repetem. Obviamente, embora a precisão obtida pelo exame, toda a prova deve ser obtida observado o contraditório, mesmo porque é possível a falibilidade do método científico empregado para a obtenção do resultado ou na manipulação das amostras.

A perícia sob esse método pode ser realizada sobre amostras de sangue, cabelo, tecido epitelial, sêmen, placenta, saliva etc. deixados involuntariamente no local da infração ou no corpo da vítima ou fornecidos com a colaboração espontânea do réu.

Se a intervenção física for invasiva, embora dependa de um tolerar passivo do réu, prevalece o direito à liberdade pessoal com reflexo na não auto-incriminação porque, neste caso, pode haver violação da intimidade e da integridade física.³⁵ O melhor exemplo é o da extração de sangue. Dotti (2000, p. 276) é categórico ao afirmar que a colheita forçada ou involuntária do material para exame de DNA configura prova obtida por meio ilícito.

A negativa em permitir a extração de sangue não pode reverter-se contra o investigado. No campo cível a questão é posta de forma diversa e resolve-se através das presunções e da divisão do ônus da prova, barreira posta no processo penal pelo princípio da presunção da inocência.

A prova é multifacetada, como ensina Florian (1969, v. 1, p. 3) e pode ser realizada de diferentes maneiras, somando-se ao conjunto de as produzidas. Por isso, tantos são os meios para a descoberta da verdade que muita vez demonstrar os fatos o mais próximo possível do ocorrido independe da colaboração ativa do imputado ou de intervenções corporais invasivas. Os órgãos de investigação, treinados e equipados, podem elaborar exames dos vestígios encontrados na cena do crime sem qualquer participação do imputado, comparando as amostras com

³⁵ Vale lembrar que “Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (CF, art. 5º, inciso II) e que “Ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante” (CF, art. 5º, III). Mostra Haddad (2005, p. 330) que no Estado de São Paulo a Secretaria de Segurança Pública editou a Resolução n. 149/99 que determinou regras para a coleta de material biológico para a identificação humana, prevendo no art. 5º, parágrafo único, que “a coleta de material biológico em pessoas vivas será feita somente em locais apropriados e com o expresso consentimento destas”.

outras fontes.³⁶ Posteriormente, poderá este realizar a contra-prova dos exames então realizados.

Conclui-se que o investigado ou réu não está obrigado a submeter-se a qualquer tipo de exame pericial que dependa da sua colaboração, bem como não pode ser constrangido a fornecer material para a perícia de forma ativa. Mesmo sendo uma prova bastante conclusiva, o resultado da perícia há de ser confrontado com as demais provas colhidas, pois nenhuma delas tem valor absoluto.

Quanto à prova para a tipificação do crime de dirigir sob o efeito de álcool ou substância de efeito análogo, previsto no artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro (CTB),³⁷ da Lei n. 9.503 de 23 de setembro de 1997, o próprio código disciplina o procedimento para sua colheita.

Previa o anterior artigo 277 do Código de Trânsito Brasileiro que o condutor de veículo automotor envolvido em acidente de trânsito ou alvo de fiscalização, sob suspeita de haver excedido seis decigramas de álcool por litro de sangue, “*será submetido* a testes de alcoolemia, exames clínicos, perícia ou outro exame que por meios técnicos ou científicos, em aparelhos homologados pelo CONTRAN, permitam certificar o seu estado” (grifo nosso). Exame de alcoolemia é aquele realizado para o fim de constatar a ingestão de álcool e inclui o exame por profissional habilitando a fim de constatar os sinais físicos - como dilatação das pupilas, reflexo lento, o hálito -

³⁶ Huertas Martín (1999, p. 232) perquire a possibilidade de consultar arquivos onde se encontrem padrões genéticos para o fim de comparação e determinação de dados pessoais, observando que a maioria da doutrina espanhola é contrária a inclusão de padrão de DNA nos arquivos policiais por atentar contra o direito ao controle da própria informação genética e a proteção da personalidade. O direito português permite a realização de exame de sangue sem a aquiescência do investigado no seu Código de Processo Penal, art. 178º, 2ª parte, pois “pode o juiz tornar efectivas as suas ordens, até com o auxílio da força [...]” (FIGUEIREDO DIAS, 1974, p. 439). Mas afirma este autor em comentário, que o argüido pode ser objeto de medidas coativas desde que rigorosamente e expressamente delimitadas por lei e a razão está na aplicação do princípio da subsidiariedade. Somente se aplica a medida coativa quando não possa ser substituída, sem inconvenientes graves para a asseguaração do interesse processual que visa a realizar, por outra menos gravosa para a liberdade do argüido (Ibid., p. 436). Da mesma forma entende Maier (1996, p. 243) ao afirmar possível a coerção, observados os limites da vida, integridade física, saúde, sem a necessidade do consentimento, excetuadas as declarações (MAIER, 1996, v. 2, p. 243). Gonzalez-Cuellar Serrano (1990, p. 309), de acordo com o princípio da proporcionalidade, é a favor da extração coativa de sangue, mas dependente de autorização legal e judicial motivada, idoneidade do meio para seu fim e necessidade.

³⁷ Lei n. 9503/97: “Art. 306. Conduzir veículo automotor, na via pública, sob a influência de álcool ou substância de efeitos análogos, expondo a dano potencial a incolumidade de outrem: Penas – detenção, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor”.

o exame de sangue, e a utilização do aparelho etilômetro ou de medição do ar alveolar, conhecido por *bafômetro*.

Pela letra da lei, o motorista sob suspeita de dirigir sob a influência de álcool³⁸ deveria submeter-se aos exames para constatação de ingestão alcoólica.³⁹ Seria obrigatório ao motorista fazê-lo? Quanto à extração de sangue para análise da dosagem de álcool, como já mencionado, por tratar-se de medida invasiva, deve ser repelida se não houver permissão do motorista.

O uso do etilômetro, aparelho que mede a quantidade de álcool através do ar alveolar e visa medir o grau de impregnação alcoólica do ar espirado,⁴⁰ é o que mais controvérsia traz quanto à obrigatoriedade do motorista nele soprar para a aquilatar a presença de álcool no sangue, pois sua utilização requer uma colaboração ativa do imputado.

Parte da doutrina entendia obrigatório o teste de alcoolemia por imposição legal. Fukassawa (1998, p. 153) mostrou-se favorável à irrecusabilidade do infrator ao exame pois “em face do disposto nos arts. 277 e 269, IX do Código de Trânsito Brasileiro, o condutor *suspeito* não poderá se recusar à extração de sangue e ao emprego do bafômetro ou qualquer outro exame legalmente autorizado”. Já Marrone (1998, p. 66) em posicionamento intermediário, entendeu que o condutor não é obrigado a submeter-se ao *bafômetro*, porém, neste caso, deveria ser conduzido à presença da autoridade policial para sujeitar-se ao exame de sangue. Ainda, que configura crime de desobediência (art. 330 do Código Penal) a recusa de

³⁸ A lei não exigiu a embriaguez total para a tipificação do delito. É suficiente que haja redução da capacidade motora, perceptiva ou comportamental. Embriaguez é o “estado temporário de intoxicação da pessoa, provocada pelo álcool ou substância análoga ou de semelhantes efeitos, que priva do poder de autocontrole e reduz ou anula a capacidade de entendimento” (RIZZARDO, 2003, p. 640).

³⁹ Relata Costa Andrade (1992, p. 129) que na Alemanha vem-se entendendo que o argüido não pode ser obrigado a soprar nos aparelhos de controle de alcoolemia. A justificativa é que neste caso se exige uma atividade do imputado para a auto-incriminação. Em contrapartida, segundo Dias Neto (1997, p. 185), pode ser coagido a submeter-se a um exame de sangue (§ 81a, do CPP). Já na Espanha, como observa Huertas Martín (1999, p. 444 e 448), o artigo 380 do Código Penal tipifica o crime de desobediência para a conduta negativa de submeter-se à prova de alcoolemia, além de configurar-se falta administrativa. Além disso, se houver prova direta, a negativa transforma-se em indício de culpabilidade. Apesar disso, essa autora entende que não tendo posto em perigo nenhum bem jurídico através da conduta delitativa, não resulta proporcional a limitação de direitos fundamentais. Ademais, a compulsoriedade de passar pelo teste do bafômetro fere o direito ao silêncio.

⁴⁰ O aparelho etilômetro é “O método é baseado na premissa de que o álcool se distribui entre o sangue e o ar do alvéolo pulmonar de acordo com a Lei de Henry” (NUCCI, 1999b, p. 46).

acompanhar o funcionário público à delegacia de polícia. Para Mirabete (1998, p. 232), a regra contra a auto-acusação não pode ser interpretada de forma genérica. Assim, a imposição do uso do bafômetro não viola qualquer dispositivo constitucional, pois está concorde com o artigo 5º, inc. II, da Constituição Federal (ninguém é obrigado a fazer alguma coisa senão em virtude de lei); no entanto, não é obrigatório o exame de dosagem alcoólica porque a Constituição proíbe a violação à integridade física.

Pinheiro (1998, p. 20), citando os tratados internacionais de direitos humanos – Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana de Direitos Humanos -, assegura ser “inexistente qualquer punição pela recusa, reiterando que se trata de procedimento garantido constitucionalmente”. Esta é a posição doutrinária majoritária (ARAÚJO, M., 2004, p. 92; HADDAD, 2005, p. 354; JESUS, 2006, p. 144; LOPES, 1998, p. 223; NUCCI, 1999b., p. 46; QUEIRÓZ, 1996, p. 2).

De outro lado, a Lei 11.275, de 7 de fevereiro de 2006, alterou o artigo 277 do CTB e lhe acrescentou dois parágrafos,⁴¹ deixando incólume de dúvida a não obrigatoriedade de intervenção corporal para a constatação da influência do álcool ou outra substância inebriante.

Embora a lei exija a realização de exames de alcoolemia, a recusa do condutor do veículo ficou claramente franqueada, pois a demonstração da influência de álcool ou outra substância de efeito análogo pode ser realizada de outras maneiras, por verificação dos sinais externos através de um tolerar passivo do investigado, independente da sua colaboração.

Reforçando esta idéia, deixam claro Grinover, Fernandes e Gomes Filho:

A tutela constitucional da intimidade, da honra e da imagem parece justificar, mais do que nunca, a recusa do suspeito ou acusado em submeter-se a exames de partes íntimas, bem como a provas degradantes, como o ‘bafômetro’, até porque ninguém pode ser

⁴¹ Lei n. 9503/97: Art. 277, § 2º: “No caso de recusa do condutor à realização dos testes, exames e da perícia previstos no caput deste artigo, a infração poderá ser caracterizada mediante a obtenção de outras provas em direito admitidas pelo agente de trânsito acerca dos notórios sinais de embriaguez, excitação ou torpor, resultantes do consumo de álcool ou entorpecentes, apresentados pelo condutor”.

obrigado a fazer prova contra si mesmo. (GRINOVER; FERNANDES; GOMES FILHO, 1993, p. 114).

A produção da prova que requer uma conduta positiva do acusado depende de uma manifestação volitiva, o que exclui qualquer violência física ou moral, pois estas excluem sua vontade ou a viciam. O princípio *nemo tenetur se detegere* pressupõe a existência de vontade e consciência para decidir em fazer ou não fazer. Se a prova foi produzida sem o consentimento daquele que está na condição de objeto da prova, é porque sua conduta consistiu num mero tolerar passivo, sem a necessidade de exteriorização volitiva. O princípio em referência, segundo Haddad (2005, p. 86-87), protege as condutas ativas do acusado, bem como as omissões que ofendam sua integridade física, moral e sua intimidade através de uma ação de terceiro.

O direito de não fazer prova contra si deve ser aplicado, em que pese o princípio da proporcionalidade, lastreado no núcleo intangível da dignidade da pessoa humana, corroborando-se com o ensinamento de Hassemer:

A dosagem de busca da verdade não consiste apenas na carência de tempo, de pessoas e de dinheiro. Por trás disso encontra-se também um princípio jurídico. É o princípio da proporcionalidade, concretizado no “right of privacy”, na proteção dos dados de esfera pessoal, da esfera íntima. O dever de busca da verdade, como o princípio ético jurídico da fase de produção, choca-se no Processo Penal – e nisso situa-se a diferença principal da busca da verdade das ciências empíricas – com os interesses fundamentais do acusado e com os outros participantes no processo.”. (HASSEMER, 2005, p. 211, grifos do autor).

CAPÍTULO V

O SILÊNCIO NO ÂMBITO PENAL SUBSTANTIVO

SUMÁRIO: 5.1 Condutas não tuteladas pelo direito ao silêncio. 5.2 Reflexos da colaboração espontânea na instrução.

5.1 CONDUCTAS NÃO TUTELADAS PELO DIREITO AO SILÊNCIO

Ao se falar sobre a relação do direito ao silêncio com o direito penal¹ está-se a entrar no campo das situações em que aquele direito assume alguns contornos diferenciados quando se afasta da esfera de proteção dos direitos e garantias individuais, mas ao mesmo tempo não as afetando. Neste momento e em casos raríssimos, deixa de ser um direito e passa a ser meio para a prática de infração penal. De outro lado, quando na condição de garantia é abdicado, traz conseqüências benéficas de ordem penal.

O exercício da ampla defesa permite ao imputado confessar total ou parcialmente a imputação, alegar excludentes de ilicitude ou culpabilidade, fornecer um alibi, silenciar, omitir-se,² até mesmo mentir como exercício da auto-defesa sem que isso lhe acarrete qualquer conseqüência indesejada. Não existe ônus de veracidade para o interrogado, situação que para Grinover (1976, p. 21), é diametralmente oposta ao reconhecimento do direito ao silêncio.³

Não obstante, a garantia do direito ao silêncio não se aplica ao fornecimento de dados sobre a pessoa do interrogado, ou seja, na sua qualificação e antecedentes, que constitui a primeira parte do interrogatório (art. 187, § 1º do Código de Processo Penal), tampouco abarca a mentira sobre eles, eis que incabível a invocação do direito nesta ocasião sob pena de se incorrer na contravenção de

¹ Direito Penal é “La denominación hoy preferida para distinguir la rama jurídica que trata de los delitos y las penas” (ASUA, 1992, v. 1, p. 30).

² No direito anglo-americano não há renúncia parcial ao privilégio do direito ao silêncio; se decidir falar o fará sob juramento e poderá responder pelo crime de perjúrio.

³ Leciona respeitada professora que Carnelutti encabeçou a teoria que quis ver o réu como titular do dever de veracidade tendo em vista a função medicinal da pena, pois a punição representaria um elemento purificador, concepção esta afastada (GRINOVER, 1976, p. 22).

recusa de dados sobre a própria identidade ou qualificação, prevista no artigo 68 do Decreto-Lei n. 3.688/41 (Contravenções Penais)⁴ ou nos crimes de desobediência (art. 330 do Código Penal),⁵ de falsidade ideológica (art. 299 do Código Penal)⁶ ou falsa identidade (art. 307 do Código Penal).⁷

Quanto ao crime de desobediência, Nucci (2003, p. 894) entende que se tipifica este crime e não a contravenção penal porque havendo o dolo embutido no verbo que é a vontade de insurgir-se contra quem deu a ordem, elemento subjetivo específico, é caso de aplicação do crime de desobediência e não simplesmente da contravenção penal. A jurisprudência mostra-se dividida quanto à caracterização do crime de falsa identidade quando praticado como exercício de auto-proteção.⁸

A restrição do direito está constatação de que as respostas sobre a qualificação não trazem em si qualquer atividade defensiva. O direito ao silêncio aplica-se somente aos fatos imputados porque a defesa diz respeito a eles. Além disso, a exata qualificação do interrogado evita confusões sobre sua identidade em benefício da economia e celeridade processuais e porque os dados sonogados são essenciais à segurança da justiça. Por isso cabível a condução coercitiva para o interrogatório tão-somente quando o imputado deva ser qualificado.

⁴ Decreto-lei n. 3688/41: “Art. 68. Recusar à autoridade, quando por esta justificadamente solicitados ou exigidos, dados ou indicações concernentes à própria identidade, estado, profissão, domicílio e residência: Pena – multa. Parágrafo único. Incorre na pena de prisão simples, de 1 (um) a 6 (seis) meses, e multa, se o fato não constitui infração mais grave quem, nas mesmas circunstâncias, faz declarações inverídicas a respeito de sua identidade pessoal, estado, profissão, domicílio e residência”.

⁵ Código Penal (Decreto-lei n. 2848/40): “Art. 330. Desobedecer a ordem legal de funcionário público. Pena – detenção, de 15 (quinze) dias a 6 (seis) meses, e multa”.

⁶ Código Penal (Decreto-lei n. 2848/40): “Art. 299. Omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar, ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante: Pena – reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa, se o documento é público, e reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa, se o documento é particular”.

⁷ Código Penal (Decreto-lei n. 2848/40): “Art. 307. Atribuir-se ou atribuir a terceiro falsa identidade para obter vantagem, em proveito próprio ou alheio, ou para causar dano a outrem: Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa, se o fato não constitui elemento de crime mais grave”.

⁸ Neste sentido: “Desmerece acolhida o argumento de que o propósito de autodefesa exclui o crime de falsa identidade, assim como o de que, tendo o acusado o direito de mentir para defender-se, poderá fazê-lo também quanto à sua qualificação (TACRIM-SP – EI – Rel. Dante Busana – RT 603/341 e JUTACRIM 83/67” (FRANCO et al., 1995, p. 2994-2995). Opostamente: “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* (TARJ – AC – Rel. Jorge Romeiro – RT 532/414)” (Ibid., p. 2996).

A mentira permitida é apenas quanto aos fatos imputados como exercício pleno de auto-proteção (MORAES; MOURA, 1994, p. 138; GRINOVER; FERNANDES; GOMES FILHO, 1994, p. 72). A obrigação de responder às perguntas formuladas sobre sua pessoa ou de fornecer seus documentos, nenhum prejuízo acarreta ao interrogado, a menos que possa ser verificada a ocorrência dos crimes de uso de documento falso (art. 304 do Código Penal)⁹ ou de falsa identidade (art. 307 do Código Penal). Daí a importância de a autoridade que preside o interrogatório ter a certeza, antes de iniciar, de que se trata da pessoa que deva ser interrogada.¹⁰

A obrigação de veracidade das respostas sobre antecedentes está fincada numa zona nebulosa uma vez que os dados sobre a vida pregressa podem ser obtidos através da consulta aos bancos de dados públicos. Além disso, os antecedentes influenciarão no *quantum* da pena, o que já configuraria uma colaboração para o próprio prejuízo.

Sobre o tema, Palma afirma que

a possibilidade de as informações criminais serem obtidas pelo tribunal através de meios institucionais minimiza a intensidade dos bens ou valores que o princípio da investigação prossegue através do interrogatório na audiência, no confronto com os bens e valores emergentes da garantia de defesa. A restrição da liberdade e das garantias de defesa através da incriminação da ocultação de tais dados não se legitima no conflito de interesses subjacente. (PALMA, 1994, p. 108).

⁹ Código Penal (Decreto-lei n. 2848/40): “Art. 304. Fazer uso de qualquer dos papéis falsificados ou alterados, a que se referem os arts. 297 a 302: Pena – a cominada à falsificação ou à alteração”.

¹⁰ O processo penal português exigia do arguido a obrigação de revelar, no início da audiência de instrução e julgamento, os seus antecedentes criminais e dados sobre sua identificação (art. 342, 2, do CPP). Essa exigência foi criticada sob o argumento de que há violação do princípio da presunção de inocência porque os fatos referentes aos antecedentes criminais e à pendência de outros processos “constituem ainda matéria de acusação, que o arguido não pode ser coagido a revelar, como também porque ainda não está feita a prova do facto típico, ilícito e culposo no momento em que é exigida a comunicação daqueles factos” (PALMA, 1994, p. 106). Além disso, o argumento de que o silêncio e a mentira são direitos que não se exercem quanto às matérias que não são objeto da defesa, não procede, porque “o exercício da defesa implica uma relação de diálogo no tribunal, que se deteriora na medida em que à posição do arguido for retirada a qualidade de sujeito, sobrecarregando-o com deveres de obediência e colaboração, próprios de uma fase de investigação” (ibid., p. 107). Mas o Decreto-lei n. 317, de 28.11.95, que alterou o art. 342, suprimiu o dever do acusado de declarar seus antecedentes (COUCEIRO, 2004, p. 211). O Código de Processo alemão (StPO) prevê a obrigação do acusado revelar os dados sobre sua identidade sob pena de responsabilidade criminal (FERRO, 2004, p. 139-141).

O direito de mentir¹¹ não inclui a auto-acusação falsa de crime inexistente ou praticado por outrem (art. 341 do Código Penal).¹² A mentira é permitida ao acusado para defender-se quanto aos fatos imputados e não para incriminar-se. Como afirma Noronha (1992, p. 363), a auto-acusação falsa prejudica o funcionamento normal da atividade da justiça atrapalhando-a e fazendo com que dispense persecuções infrutíferas com dispêndios desnecessários.

5.2. REFLEXOS DA COLABORAÇÃO ESPONTÂNEA NA INSTRUÇÃO

O direito ao silêncio e contra a auto-incriminação protege a produção involuntária da prova, ou seja, o processo penal garantista tutela a pessoa do acusado visto como sujeito de direitos, respeitada a sua vontade na produção das provas em seu desfavor.

De outro lado, o direito penal, visando a coibir a criminalidade, mormente a organizada, tem buscado cada vez mais premiar o investigado ou réu que, por vontade livre, colabore com a persecução penal.

O Código Penal prevê como circunstância atenuante modificadora da pena a confissão espontânea da autoria do crime (art. 65, III, *d*) como premiação do réu pela sua colaboração. A lei visa a estimular a confissão e recompensá-la, independente das razões que o compeliram a isso. Segundo Bruno (1962, p. 142) presume-se o arrependimento admitindo-se a menor criminalidade do indivíduo. O artigo 159, parágrafo 4º do mesmo código, com a nova redação trazida pela Lei n. 9.269/96, reduz a pena de um terço a dois terços para o co-autor do crime de extorsão mediante seqüestro que denunciar o concurso à autoridade facilitando a libertação do seqüestrado. A lei foi mais longe ao permitir a extinção da punibilidade se o agente espontaneamente declara e confessa as contribuições, importâncias ou valores e presta informações à previdência social antes do início da ação fiscal, nos crimes de apropriação indébita previdenciária (art. 168-A, par. 2º) e sonegação de

¹¹ Para quem a mentira não é um direito, mas simplesmente um insignificante penal: BENTO DE FARIA, 1942, p. 248; TORGNAGHI, 1983, p. 385.

¹² Código Penal (Decreto-lei n. 2848/40): “Art. 341. Acusar-se, perante a autoridade, de crime inexistente ou praticado por outrem. Pena – detenção, de 3 (três) meses a 2 (dois) anos, ou multa”.

contribuição previdenciária (art. 337-A, par. 1º), ambos artigos do Código Penal, acrescentados pela Lei n. 9.983/00.

A legislação especial é farta nos estímulos à auto-incriminação voluntária. O artigo 25, par. 2º da Lei n. 7.492/86 (crimes contra o sistema financeiro) dispõe que nos crimes cometidos em quadrilha ou co-autoria, o co-autor ou partícipe que através da confissão espontânea revelar à autoridade toda a trama criminosa, terá sua pena reduzida de um terço a dois terços, em similitude ao previsto no art. 16 da Lei n. 8.137/90 (crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo). Igual benefício na mesma medida é previsto na Lei n. 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos), no seu artigo 8º, parágrafo único, para o participante ou associado do crime hediondo ou assemelhado praticado por quadrilha ou bando, que possibilite seu desmantelamento ao denunciar os co-autores à autoridade. A Lei do Crime Organizado – Lei n. 9.034/95, em seu artigo 6º, também prevê a redução da pena ao agente que espontaneamente colaborar esclarecendo a infração penal e delatando seus autores. A demonstração de arrependimento do infrator manifestado pela espontânea reparação do dano e pela comunicação prévia do perigo eminente, além da colaboração com os agentes de fiscalização e controle ambiental, são circunstâncias que atenuam a pena nos casos de crimes ambientais previstos na Lei n. 9.605/98.

Mas os benefícios para quem se auto-incrimina não se limitam à redução da pena. A Lei de Lavagem de Capitais (n. 9.613/98) também prevê o início de cumprimento da pena em regime aberto, podendo o juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la por pena restritiva de direitos caso colabore para a elucidação do crime (art. 1º, par. 5º). O legislador contemporâneo não deixou de incluir a mesma tendência na nova lei de entorpecentes, Lei n. 11.343/06, no artigo 41, premiando o indiciado ou acusado com redução da pena quando colaborar na elucidação do fato e da autoria e na a recuperação do produto do crime.

Como legislação específica para a concessão de benefício penal e à proteção pessoal temos a Lei n. 9.807/90 que dispõe sobre a proteção de acusados ou condenados que tenham voluntariamente prestado efetiva colaboração à investigação policial e ao processo criminal. São os chamados réus colaboradores. Dispõe o artigo 13 da lei que se o acusado for primário e sua colaboração tiver

resultado na identificação dos demais envolvidos, na localização da vítima com sua integridade física preservada e na recuperação total ou parcial do produto do crime, poderá ter extinguida a punibilidade através do perdão judicial ou, em caso de condenação, ter redução da pena de um terço a dois terços (art. 14). Além disso, ao colaborador serão aplicadas medidas especiais de segurança e proteção da sua integridade física (art. 15).

A colaboração espontânea do indiciado ou réu também tem reflexos no âmbito processual. O Código de Trânsito Brasileiro, Lei n. 9.503/97, prestigia o condutor do veículo sem imposição da prisão em flagrante nem exigência de fiança se, em casos de acidente de trânsito que resulte vítima, prestar pronto e integral socorro à vítima (art. 301). Já a Lei 9.099/95, Lei dos Juizados Cíveis e Criminais, exime de prisão em flagrante e fiança o suposto autor do fato nos casos de crimes de sua competência se após a lavratura do termo, for imediatamente encaminhado ao juizado ou assumir o compromisso de a ele comparecer (art. 69, par. único).

São fartas as oportunidades e benefícios para a efetivação da auto-incriminação e delação, embora não esteja o indiciado ou acusado obrigado a colaborar na aclaração do fato criminoso. A legislação tem procurado dar valor ao arrependimento demonstrado no processo.

Num sentido mais rígido, Ferrajoli (2006, p. 560-561) aponta que o garantismo processual acusatório exclui a colaboração do imputado com a acusação que seja fruto de meios capciosos ou transações, principalmente aqueles feitos às escuras. Indica, como única maneira de erradicar a prática da negociação e escambo entre confissão e delação por redução de sanções, a vedação legal de atribuir qualquer relevância penal ao comportamento processual do imputado e também para a determinação da pena.

Da mesma forma, Gomes Filho (1997, p. 113) entende que as disposições legais que induzam direta ou indiretamente à auto-incriminação são incompatíveis com o princípio da presunção de inocência.

Haddad (2005, p. 356) considera que existe um termo médio. A premiação à colaboração com a instrução quando não há constrangimento ou coação não afeta os direitos consagrados aos próprios investigados e acusados. Argumenta que:

a presunção de inocência, instituída em benefício do acusado não é violada se, dada a liberdade de autodeterminação que comanda a conduta pessoal do réu, escolhe-se uma tese defensiva entre aquelas inseridas no conceito constitucional de ampla defesa. (HADDAD, 2005, p. 356).

Assim como o direito ao silêncio assegura a liberdade de consciência do indivíduo quando este é amplamente esclarecido sobre sua dimensão, há de se dispensar uma atenção especial ao esclarecimento do imputado sobre as conseqüências da colaboração espontânea para que não haja a mínima sensação de dever de fornecer elementos contrários a si para obter benefícios. Trata-se de escolher a melhor forma de defesa. Uma vez não vislumbrada a possibilidade de absolvição diante das provas apresentadas, minorar as conseqüências da condenação é fazer uso do princípio da ampla defesa.

CONCLUSÃO

O presente estudo teve por objeto de pesquisa o direito do indivíduo de silenciar ao ser perquirido pelos agentes estatais sobre fatos que possam incriminá-lo ou prejudicá-lo, no âmbito processual penal, o que se dá, mormente, no interrogatório policial ou judicial. Foram extraídas algumas premissas abaixo encartadas.

O direito ao silêncio é muito antigo e veio sofrendo alterações ao longo da história que o tolheram e o excluíram, cujo reflexo se deu no interrogatório. Se o século XVIII foi conhecido como o *século das luzes* pelo desenvolvimento filosófico-cultural de então, não poderia deixar de fomentar a volta do instituto como reflexo da repugnância à violação daquele direito e até mesmo de direitos inatos. O direito anglo-saxão despontou em sua normatização, inspirando distintas legislações.

A dignidade humana é princípio maior, norteador das relações pessoais e entre Estado-indivíduo, alicerce de todos os demais princípios previstos na Constituição Federal. Por isso, o direito ao silêncio ali previsto como direito e garantia fundamental tem seu núcleo na dignidade da pessoa humana.

É manifestação do direito à intimidade, de preservação, de escolha entre falar ou calar, de não se expor, do livre exercício da consciência. É predicado da personalidade. Efetiva-se na presunção de inocência porque o imputado não precisa falar para demonstrar sua inocência. Se cala é porque não tem nada a falar ou não o deseja. Sequer há a necessidade de justificar o porquê desta postura. Não estará jamais, com isso, assumindo a culpa. No processo penal a constante é a busca pela reprodução da historicidade dos fatos mais próxima possível da realidade e, uma vez que não basta a alegação, a imputação deverá ser demonstrada pela acusação, permitindo ao acusado quedar-se silente.

Realiza-se também no devido processo penal, berço da garantia do contraditório e ampla defesa, na medida que assegura a ciência da imputação, esclarecimento sobre suas conseqüências e oportunidade de reação, sem as quais não é possível optar pelo silêncio. É expressão da ampla-defesa porque o silêncio é

manifestação, ainda que negativa, de defesa; é a opção pela atitude que seja mais conveniente para seu resguardo.

O direito de permanecer calado deve ser informado ao preso no momento da prisão e ao interrogado antes de iniciarem-se as perguntas. É mister o esclarecimento sobre a abrangência da garantia para evitar a falsa interpretação do direito pelo próprio titular. Os agentes públicos têm essa obrigação. O que o preso disser em conversa informal com policiais sem o conhecimento do direito, deve ser visto com reservas pelo juiz. O acompanhamento de defensor em momento anterior à realização do interrogatório irá garantir a informação necessária para o pleno exercício da garantia.

A falta da advertência sobre o direito ao silêncio é inconstitucional. Traduz-se em vício que afeta a validade de eventual confissão e pode afetar a validade do auto de prisão em flagrante e o processo em seus atos ulteriores se sacrificada a auto-defesa. É certo que tudo o que o preso ou interrogado disser sem a informação sobre o seu silêncio, não poderá ser utilizado contra si. De outro lado, a extração forçada de declarações do argüido é considerada prova obtida por meio ilícito.

O interrogatório é a oitiva oficial do investigado ou acusado no curso da persecução penal, ocasião em que poderá silenciar, apresentar sua versão sobre os fatos imputados, seja ela verdadeira ou não, levantar uma causa excludente de ilicitude ou culpabilidade, confessar a autoria do delito ou aduzir algum requerimento. É a realização do princípio do contraditório e ampla-defesa. É a ocasião, por excelência, para realizar a auto-defesa. Realiza-se, em regra, na sede do juízo, mas poderá ser feito no estabelecimento prisional se o interrogado estiver preso, desde que haja possibilidade para que o juiz desloque-se e lá permaneça em segurança, bem como seja assegurada a publicidade da audiência.

Para a descoberta da realidade fática, as perguntas devem ser claras e objetivas, jamais tendenciosas. É inadmissível o emprego de qualquer meio de coação para obter a confissão do interrogado ou a delação de co-autores, seja físico, como interrogatórios exaustivos e prolongados, agressões, provocação de dores ou entorpecimento, ou moral, como ameaças. O depoimento obtido através do constrangimento é considerado prova ilícita.

É característico do interrogatório ser ato oral, pessoal e público, com as devidas exceções neste caso. É realizado em duas etapas distintas em que na primeira o interrogado será questionado sobre seus dados pessoais e, na segunda, sobre a imputação. É indispensável a presença do defensor no interrogatório, assegurada a entrevista reservada pessoal e anterior ao ato em tempo suficiente para tanto. Na investigação preliminar, por interpretação do caderno processual penal que manda seja o interrogatório policial realizado nos moldes do interrogatório judicial, também se aplica a regra. Justifica-se para garantir a inexistência de procedimentos constrangedores e formas inadequadas ou proibidas de interrogatório, além da manutenção de seu caráter essencialmente de defesa.

É meio de defesa e secundariamente de prova. Isto porque no interrogatório o investigado ou réu terá conhecimento e poderá calar ou contraditar pessoalmente a imputação, alegar algo em seu favor ou se justificar. No entanto, se decidir confessar a autoria, será meio de prova porque o juiz irá aquilatar a versão apresentada de acordo com as demais provas, tornando-se forte elemento a favor da condenação. A maior parte da doutrina lhe atribui duplo caráter.

É facultado ao acusado participar do interrogatório, mas será compelido a comparecer se houver necessidade de identificar e qualificá-lo, porque quanto a esses dados, não tem ele o direito de silenciar. Embora a norma processual dê preferência pela presença, eis que prevê as conseqüências no caso de revelia, tal prerrogativa se dá porque ninguém pode ser compelido a fazer prova contra si se não desejar. Há de se fazer uma releitura das regras processuais que impõem a presença coercitiva no interrogatório do réu após a promulgação da Constituição Federal. A ausência pode ser compensada pela intervenção do defensor. Mas, se presente o interrogado que queira falar e a audiência não se realizar, haverá nulidade absoluta.

A ausência do pronunciado no julgamento em plenário do Júri bem como seu silêncio pode afigurar-se-lhe desfavorável, sob o risco do Conselho de Sentença, colegiado leigo, entender que a ausência ou o calar representem admissão de culpa. É necessário que fique bem aclarado aos jurados que o silêncio do réu é o exercício de uma garantia constitucional e por isso não deve ser interpretado contra o réu: no

processo penal quem cala não está a consentir. Essa função não cabe apenas ao defensor, mas também ao magistrado.

O interrogatório da pessoa jurídica é figura esdrúxula, animada pela incompatibilidade da determinação constitucional da responsabilidade do ente jurídico nos crimes contra o meio ambiente e o Código Penal e Processual Penal. Ele retira a pessoalidade do interrogatório empurrando o operador da lei a buscar alternativas para sua viabilização no estatuto processual civil.

É renunciável o direito de presença do acusado no interrogatório, mas esse direito não há de ser tolhido, pois representa o único momento reservado para o contato pessoal entre julgador e réu. Está protegido nos tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil é signatário e é tutelado na norma processual. O interrogatório à distância pelo sistema de presença virtual o impossibilita ou, ao menos, dificulta-o. Há duas saídas: a possibilidade de opção do sistema a ser adotado pelo preso, depois de devidamente esclarecido e orientado pelo seu defensor; ou a reserva do interrogatório à distância somente em casos especiais com decisão judicial a respeito.

O direito ao silêncio é cabível ao preso a partir do momento da prisão, ao investigado, ao acusado e aos submetidos a investigação nas Comissões Parlamentares de Inquérito e nos processos administrativos. Estende-se às testemunhas quanto a fatos auto-incriminatórios, entendimento criado pela doutrina e jurisprudência. Enfim, tem lugar todas as vezes que o indivíduo é perquirido e suas respostas possam prejudicá-lo. Como conseqüência, além de poder silenciar, seus titulares não estão obrigados a dizer a verdade sobre fato próprio, podendo mentir no exercício da auto-defesa.

O acusado é sujeito de direitos na relação processual e jamais pode ser convertido em objeto do processo, pois que lhe são reconhecidas todas as garantias de defesa e, assim, deve ser visto como participante volitivo da reconstrução da verdade fática. De sua parte, não há o dever de obediência e colaboração na colheita das provas.

É defeso exigir do imputado uma atitude positiva na persecução, é dizer, uma ação que acarrete prejuízo próprio, tampouco obrigar que tolere passivamente uma ação de terceiro que viole sua intimidade. Deve ser respeitada a vontade do imputado na produção da prova. O direito ao silêncio envolve também qualquer ação que redunde em possíveis responsabilizações penais. Obrigá-lo a agir é obrigá-lo a testemunhar em seu desfavor. Por isso, o silêncio desemboca no direito de inércia. Dimana que o investigado ou réu não é obrigado a participar da acareação, reconhecimento, reprodução simulada dos fatos e a submeter-se a exames periciais. A negativa não configura crime de desobediência previsto na legislação penal.

Calar e estar descompromissado com a verdade quanto a fato que acarrete prejuízo à própria defesa não alcança os dados sobre a identificação e qualificação, bem como a imputação falsa de crime a si ou a terceiro, existente ou não. Justifica-se a configuração como delitos desses atos porque as respostas sobre a qualificação não trazem carga defensiva e a permissão do silêncio e da mentira estão adstritos à imputação. Quanto aos antecedentes, é discutível a punição do silêncio ou mentira do declarante uma vez que tais informações podem ser obtidas em banco de dados e a revelação influenciará negativamente na aplicação da pena.

Há tendência na legislação de prestigiar aquele que confessa a autoria do crime e colabora espontaneamente na elucidação do fato, seja indicando as circunstâncias, delatando os co-autores ou partícipes ou procurando minorar as conseqüências de seu ato, beneficiando-o com diminuição de pena ou até a excluindo. Esta premiação não deve ser interpretada pelo beneficiário como imposição ou ameaça, mas fruto de liberdade esclarecida como exercício da ampla defesa.

O tema investigado suscitou a discussão de variadas questões e espera-se tenha alcançado o objetivo de produzir a confrontação de idéias que convirjam para o estabelecimento do bem maior.

BIBLIOGRAFIA

ACOSTA, Walter P. *O processo penal. Teoria, prática, jurisprudência, organogramas*. 17. ed. atual. Rio de Janeiro: Editora do Autor, 1987.

ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. *Princípios fundamentais de processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. *O processo criminal brasileiro*. Volume 1. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959.

ALTAVILA, Jayme de. *Origem dos direitos dos povos*. 3. ed. São Paulo: Melhoramentos, 1963.

ALTAVILLA, Enrico. *Psicologia judiciária I: o processo psicológico e a verdade judicial*. Tradução de Fernando de Miranda. 3. ed. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1981.

_____. *Psicologia judiciária II: personagens do processo penal*. Tradução de Fernando de Miranda. 3. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1982.

ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre proibições de prova em processo penal*. Coimbra: Editora Coimbra, 1992.

AQUINO, José Carlos G. Xavier. *A prova testemunhal no processo penal brasileiro*. 3. ed. atual. e ampl. Saraiva: São Paulo, 1995.

ARAGÃO, Antonio Moniz Sodré de. *As três escolas penaes: clássica, anthropologica e crítica*. São Paulo: Acadêmica Saraiva, 1928.

ARANHA, Adalberto J. Q. T. de Camargo. *Da prova no processo penal*. 4. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1996.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004.

ARAÚJO, Marcelo Cunha de. *Crimes de trânsito: atualizado com a Lei n. 10.259/01*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

ASÚA, Luis Jiménez de. *Tratado de derecho penal*. Volume 1. 5. ed. atual. Buenos Aires: Losada, 1992.

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

AZEVEDO, Luiz Carlos de. Sistemas processuais penais: acusatório, inquisitivo, misto; origens, distorções, atualidades. *Revista do Advogado*, São Paulo, Ano XXIV, n. 78, p. 49-52, set. 2004.

AZEVEDO, David Teixeira de. *Atualidades no direito e processo penal*. São Paulo: Método, 2001.

BARROS, Adherbal de. A investigação criminosa da prova. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 504, p. 288-294, out. 1977.

BARROS, Marco Antonio de Barros. *A busca da verdade no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BARROS, Marco Antonio de; ROMÃO, César Eduardo Lavoura. Internet e videoconferência no processo penal. *Revista do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal*, Brasília, ano X, n. 32, p. 116-125, mar. 2006.

BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Introdução ao estudo do direito: os fundamentos e a visão histórica*. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

BECCARIA. *Dos Delitos e das Penas*. Tradução de J. Cretella Júnior e Agnes Cretella. 2. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

BECHARA, Fábio Ramazzini. Processo penal contemporâneo: interface entre eficiência e garantias – questões pontuais. In: SILVA, Marco Antonio Marques da (Coord.). *Processo penal e garantias constitucionais*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 213-224.

BENTO DE FARIA, Antonio. *Código de Processo Penal*. Volume 1. Rio de Janeiro: Livraria Jacintho, 1942.

BITENCOURT, César Roberto. *Juizados especiais criminais e alternativas à pena de prisão*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Apresentação de Celso Lafer. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL. Constituição Federal. Código Penal. Código de Processo Penal. 9. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* n. 2967-GO. Sexta Turma. Relator Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro. Brasília, DF, 02 de agosto de 1994, publ. *DJ* 10.10.94, p. 27188. Disponível em <<http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=silenciar+e+j%Fari&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=1>>. Acesso em 01 ago. 2007.

_____. _____. Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* n. 6183-MG. Quinta Turma. Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca. Brasília, DF, 11 de março de 1997, publ. *DJ* 05.05.97, p.17065. Disponível em <<http://www.stj.gov.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=nulidade+flagrante+calado&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=9>>. Acesso em 16 abr. 2007.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 68.929-SP. Primeira Turma. Relator Ministro Celso de Mello. Brasília, DF, 22 de outubro de 1991. *Revista Trimestral de Jurisprudência do STF*, Brasília: Imprensa Nacional, n. 141, p. 512-516, ago. 1992.

_____. _____. *Habeas corpus* n. 73.035-DF. Tribunal Pleno. Relator Ministro Carlos Velloso. Brasília, DF, 13 de novembro de 1996. *Revista Trimestral de Jurisprudência do STF*, Brasília: Imprensa Nacional, n. 163, p. 626-637, fev. 1998.

_____. _____. *Habeas corpus* n. 79.244-8-DF. Tribunal Pleno. Relator Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 23 de fevereiro de 2000. *Revista Trimestral de Jurisprudência do STF*, Brasília: Imprensa Nacional, n. 172, p. 929-939, jun. 2000.

_____. _____. *Habeas Corpus* n. 89.269/DF. Primeira Turma. Relator Ministro Ricardo Lewandowski, j. 21.11.06, publ. *DJ* 15.12.06, p. 96. Disponível em <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp>>. Acesso em 16 abr. 2007.

_____. _____. *Habeas Corpus* n. 83.357/DF. Tribunal Pleno. Relator Ministro Nelson Jobin, j. 03.03.04, publ. *DJ* 26.03.04, p. 06. Disponível em <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp>>. Acesso em 16 abr. 2007.

_____. _____. *Habeas Corpus* n. 80.585/PA. Tribunal Pleno. Relator Ministro Néri da Silveira, j. 08.03.01, publ. *DJ* 06.04.01, p. 69. Disponível em <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp>>. Acesso em 16 abr. 2007.

_____. _____. *Habeas Corpus* n. 79.589/DF. Tribunal Pleno. Relator Ministro Otávio Gallotti, j. 05.04.00, publ. *DJ* 06.10.00, p. 81. Disponível em <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp>>. Acesso em 16 abr. 2007.

_____. _____. Mandado de Segurança n. 23.452/RJ. Tribunal Pleno. Relator Ministro Celso de Mello, j. 16.09.1999, publ. *DJ* 12.05.2000, p. 20. Disponível em <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp>>. Acesso em 16 abr. 2007.

_____. _____. *Habeas Corpus* n. 77.135. Relator Ministro Ilmar Galvão, *DJU* de 6.11.1998, p. 3. Disponível em <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp>>. Acesso em 16 abr. 2007.

_____. _____. *Habeas Corpus* n. 83.096. Segunda Turma. Relatora Ministra Ellen Gracie, *DJU* 12.12.2003, p. 89. Disponível em <<http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/jurisp.asp>>. Acesso em 16 abr. 2007.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação n. 81.370 Relator Desembargador Arruda Sampaio, j. 19.04.65. *Revista dos Tribunais* ano 55, n. 372, p. 77, out.1966.

BRUNO, Aníbal. *Direito penal*. Volume 3. Rio de Janeiro: Forense, 1962.

_____. _____. Volume 1. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CAMARGO, Antonio Luis Chaves. Interrogatório *on line* e direito penal atual. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 48, p. 11, nov. 1996.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 9 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do processo penal*. Tradução de Luis Fernando Lobão de Moraes. Campinas: Edicamp, 2002.

CASTELO BRANCO, Tales. Parecer sobre interrogatório *on line*. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 11, n. 124, p. 682-683, mar. 2003.

CHERNICCHIARO, Luiz Vicente; COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Direito Penal na Constituição*. 2 ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

CINTRA JÚNIOR, Dyrceu de Aguiar. Interrogatório "on line" ou "virtual"? *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 42, p. 3, jun. 1996.

COLTRO, Antonio Carlos Mathias. *A cláusula constitucional do direito ao silêncio*. *Revista do ILANUD*, São Paulo, nº 24, p. 139-155, 2003.

_____. O silêncio, a presunção de inocência e sua valoração. In: PENTEADO, Jaques de Camargo (Coord). *Justiça Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 6, 1999, cap. 13.

CORWIN, Edward S. *A Constituição norte-americana e seu significado atual*. Tradução de Leda Boechat Rodrigues. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1986.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *O direito de estar só: tutela penal da intimidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1970.

COUCEIRO, João Cláudio. *A garantia constitucional do direito ao silêncio*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à constituição brasileira de 1988*. Volume 1. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.

DE CUPIS, Adriano. *Os direitos da personalidade*. Tradução de Adriano Vera Jardim e Antonio Miguel Caeiro. Lisboa: Livraria Moraes, 1961.

DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário jurídico*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

DI BERARDINO, Ângelo. *Dicionário patrístico e de antiguidades cristãs*. Tradução de Cristina Andrade. Petrópolis: Vozes, 2002.

DIAS NETO, Theodomiro. O direito ao silêncio: tratamento nos direitos alemão e norte-americano. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 19, p.179-204, jul./set. 1997.

DINIZ, Maria Helena. *Dicionário jurídico*. Volume 1. 2. ed. rev., atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 2005.

DOTTI, René Ariel. A incapacidade criminal da pessoa jurídica (uma perspectiva do direito brasileiro). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 11, p. 184-207, jul./set.1995.

_____. Garantia do direito ao silêncio e a dispensa do interrogatório. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 775, p. 425-431, mai. 2000.

_____. O exame de DNA e as garantias do acusado. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Coord.). *Grandes temas da atualidade: DNA como meio de prova da filiação*. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 261-286.

_____. O interrogatório à distância: um novo tipo de cerimônia degradante. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 86, vol. 740, p. 476-481, jun. 1997.

ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de processo penal brasileiro*. Atualizado por José Geraldo da Silva e Wilson Lavorenti. Volume 2 e 3. Campinas: Bookseller, 2000.

EYMERICH, Nicolau. *Manual dos Inquisidores*. Tradução de Maria José Lopes da Silva. Comentários de Francisco Peña. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos; Brasília: Fundação Universidade de Brasília, 1993.

FACCIOLA, Branca Lescher. *A lei de Moisés. Torá: como fonte de direito*. São Paulo: RCS Editora, 2005.

FALK, Ze'ev W. *O direito talmúdico: uma introdução*. São Paulo: Associação Universitária de Cultura Judaica, 1988.

FARIA, Cássio Juvenal; GOMES, Luiz Flávio. Poderes e limites das CPIs. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 7, n. 79, p. 12, jun. 1999.

FERNANDES, Antonio Scarance. A inconstitucionalidade da lei estadual sobre videoconferência. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 12, n. 147, p. 7, fev. 2005.

_____. O sigilo financeiro e a prova criminal. In: COSTA, José de Faria; SILVA, Marco Antonio Marques da (Coords.). *Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais: visão luso-brasileira*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 457-484.

_____. *Processo Penal Constitucional*. 3. ed. rev., atual, ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERNANDES, Paulo Sérgio Leite. A falácia dos interrogatórios virtuais. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 10, n. 120, p. 1-2, nov. 2002.

_____. *Nulidades no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução de Ana Paula Zomer Sica et al. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FERREIRA, Ivete Senise. A intimidade e o direito penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 5, p. 96-106, jan./mar. 1994.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 19. ed. rev., São Paulo: Saraiva, 1992.

FERRO, Ana Luiza Almeida. *O Crime de falso testemunho ou falsa perícia*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge. *Direito Processual Penal*. Volume 1. Coimbra: Coimbra Editora, 1974.

FLORIAN, Eugenio. *De las pruebas penales*. Tradução de Jorge Guerrero. Tomo I e II. Bogotá: Editorial Temis, 1969.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir. Nascimento da prisão*. Tradução Ligia M. Pondé Vassalo. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1984.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Direito penal e direitos humanos*. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

FRANCO, Alberto Silva et al. *Código penal e sua interpretação jurisprudencial*. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

FRANCO, Ary Azevedo. *Código de Processo Penal: comentários aos arts. 1 a 281, seguidos de formulários correspondentes*. Volume 1. 7. ed. rev. e aum., Rio de Janeiro: Forense, 1960.

FREITAS, Vladimir Passos de; FREITAS, Gilberto Passos de. *Crimes contra a natureza (de acordo com a Lei 9605/98)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FUKASSAWA, Fernando Y. *Crimes de trânsito: de acordo com a lei n. 9.503 de 23.09.1997*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.

GILISSEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*. Tradução de Antonio Manuel Hespanha e L. Manuel Macaísta Malheiros. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. Garantismo à paulista: a propósito da videoconferência. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 12, n. 147, p. 6, fev. 2005.

_____. Significados da presunção de inocência. In: COSTA, José Faria; SILVA, Marco Antonio Marques da (Coords.). *Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais: visão luso-brasileira*. São Paulo: Quartier Latim, 2006, p. 313-333.

GONZAGA, João Bernardino. *A inquisição em seu mundo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1993.

_____. *O direito penal indígena: à época do descobrimento do Brasil*. São Paulo: Max Limonad, [19-].

GONZÁLES-CUELLAR SERRANO, Nicolas. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Madrid: Colex, 1990.

GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1991.

_____. *Tutela constitucional das liberdades*. São Paulo: Saraiva, 1989.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Aspectos da responsabilidade da pessoa jurídica. In: GOMES, Luiz Flávio (Org.). *Responsabilidade penal da pessoa jurídica e medidas provisórias e direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, v. 2, p. 46-50.

_____. Interrogatório do réu e direito ao silêncio. *Revista Ciência Penal*. São Paulo: Editora Convívio, ano III, n. 1, p. 15-31, 1976.

_____. *Liberdades públicas e processo penal: as interpretações telefônicas*. 2. ed. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

_____ et al. *Juizados especiais criminais: comentários à Lei 9.099 de 26.09.95*. 2. ed. rev., atual. aum. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 3 ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1993.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: RCS Editora, 2005.

HECK, Luis Afonso. Regras, princípios jurídicos e sua estrutura no pensamento de Robert Alexy. In: LEITE, George Salomão (Org). *Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 52-100.

HADDAD, Carlos Henrique Borlido. *Conteúdo e contornos do princípio contra a auto-incriminação*. 1. ed. Campinas: Bookseller, 2005.

_____. *O interrogatório no processo penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do direito penal*. Tradução da 2. ed. alemã, rev. e ampl., de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.

HOBBS, Thomas. *Leviatã, ou, Matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. Tradução João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 4. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1988.

HUERTAS MARTÍN, Maria Isabel. *El sujeto pasivo del proceso penal como objeto de la prueba*. Barcelona: José Maria Bosch Editor, 1999.

JARDIM, Afrânio Silva. *Direito Processual penal; estudos e pareceres*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

JESUS, Damásio E. de. Limites à prova da embriaguez ao volante: a questão da obrigatoriedade do teste do "bafômetro". In: *Notáveis do direito penal. Livro em homenagem ao Prof. René Ariel Dotti. Teses modernas e avançadas*. Brasília: Consulex, 2006, p. 143-150.

JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. A Crise no direito processual penal brasileiro. Comentários aos projetos de reforma do Código de Processo Penal. In: SILVA, Marco Antonio Marques da (Coord.). *Tratado Temático de Processo Penal*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 211-228.

LEVOTATO, Danielle Mastelari. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica nos crimes ambientais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Crimes de trânsito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

LYRA, Roberto. *Novíssimas escolas penais*. Rio de Janeiro: Borsoi, 1956.

_____. *Passado, presente e futuro da prova penal*. *Revista Justitia*. São Paulo, v. 51, p. 103-140, 4º trimestre 1965.

MAIER, Júlio B. J. *Derecho Procesal Penal*. Volume 2. 2. ed. Buenos Aires: Del Puerto, 1996.

MALATESTA, Nicola Framarino dei. *A lógica das provas em matéria criminal*. Tradução Waleska G. Silverberg. Volume 1. [S.l.]: Conan Editora, 1995.

MANZINI, Vincenzo. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Tradução de Santiago Sentis Melendo e Marino Ayerra Redín. Tomo I. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1951.

MARRONE, José Marcos. *Delitos de trânsito: aspectos penais e processuais do código de trânsito brasileiro: lei n. 9.503/97*. São Paulo: Atlas, 1998.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Volumes 1, 2, e 3. 1. ed. – 2. tiragem. Campinas: Bookseller, 1998.

MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Fundamentos da Pena*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

_____. A responsabilidade da pessoa jurídica por ofensa ao meio ambiente. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 65, p. 6, abr. 1998.

MÉDICI, Sérgio de Oliveira. Interrogatório do réu e direito ao silêncio. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 694, p. 303-309, ago.1993.

MELLO, Baptista de. O silêncio no direito. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 105, p. 3-20, jan. 1937.

MIRABETE, Júlio Fabrini. *Processo penal*. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2002.

_____. Código Nacional de Trânsito: questões diversas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 6, n. 24, p. 229-233, out./dez. 1998.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo IV. Coimbra: Coimbra Editora, 1988.

MITTERMAIER, K. F. A. *Tratado da prova em matéria criminal*. Rio de Janeiro: Eduardo e Henrique Laemmert, 1871.

MOARES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º ao 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MORAES, Maurício Zanoide de. Interrogatório: uma leitura constitucional. In: *Escritos a homenagem a Alberto Silva Franco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 334-343.

_____; MOURA, Maria Thereza R. de Assis. Direito ao silêncio no interrogatório. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 2, nº 6, p.133-147, abr./jun. 1994.

MOSSIN, Heráclito Antonio. *Nulidades no direito processual penal*. 3. ed. Barueri: Manole, 2005.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Curso completo de processo penal*. 11. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2000.

NORONHA, Edgard Magalhães. *Curso de direito processual penal*. 26. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. *Direito Penal*. 19. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1992.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. *Crimes de trânsito: Lei n. 6.503/97*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999b.

_____. *O valor da confissão como meio de prova no Processo Penal*. 2. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999a.

OJEA QUINTANA, Tomás. El privilegio contra la autoincriminación: reflexiones acerca de dos sistemas distintos de procedimiento criminal (adversarial y no adversarial). *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia penal*, Buenos Aires: Ad-hoc, v. 5, n. 9B, p. 251-264, out. 1999.

OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de. Resolução n. 05/02: interrogatório *on-line*. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 10, n. 120, p. 4, nov. 2002.

PALMA, Maria Fernanda. A constitucionalidade do artigo 342 do Código de Processo Penal: o direito ao silêncio do argüido. *Revista do Ministério Público*, Lisboa, v. 15, n. 60, p. 101-110, out./dez. 1994.

PEDROSO, Fernando de Almeida. *Prova penal: doutrina e jurisprudência*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PIERANGELLI, José Henrique. *Processo penal: evolução histórica e fontes legislativas*. Bauru: Javoli, 1983.

PINHEIRO, Geraldo de Faria Lemos. Breves notas sobre a embriaguez ao volante de veículos automotores. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 53, p. 18-22, out. 1998.

PINTO FERREIRA, Luis. *Comentários à Constituição brasileira*. Volume 3. São Paulo: Saraiva, 1992.

_____. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. ampl., e atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 7. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. Direitos Humanos e o princípio da dignidade humana. In: LEITE, George Salomão (Org). *Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 180-197.

PIRAGIBE, Vicente. *Legislação penal do Brasil e do estrangeiro*. Volume 2. Saraiva: São Paulo, 1932.

PITOMBO, Sergio M. de Moraes. O juiz penal e a pesquisa da verdade material. In: PORTO, Hermínio Marques; SILVA, Marco Antonio Marques da (Coords.). *Processo penal e Constituição Federal*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1993, cap. 6.

PORTO, Hermínio Alberto Marques. *Júri: Procedimentos e aspectos do julgamento. Questionários*. 11. ed. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

POUND, Roscol. *Desenvolvimento das garantias constitucionais da liberdade*. Tradução E. Jacy Monteiro. São Paulo: Instituição Brasileira de difusão Cultural S.A., 1965.

PRADO, Fabiana Lemes Zamalloa do. *A ponderação de interesses em matéria de prova no processo penal*. São Paulo: IBCCrim, 2006.

PRADO, Luiz Regis. *Crimes contra o meio ambiente*. 2. ed. rev., atual, ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

QUEIRÓZ, Carlos Alberto M. de. A amplitude constitucional do direito ao silêncio. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 46, p. 2, set. 1996.

REIS, Carlos David Santos Aarão. O silêncio do indiciado e a lavratura de auto de prisão em flagrante. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 575, p. 329-321, set. 1983.

RIZZARDO, Arnaldo. *Comentários ao Código de Trânsito Brasileiro*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ROSA, Inocêncio Borges da. *Comentários ao Código de Processo Penal*. 3. ed. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal*. Tradução de Gabriela Córdoba e Daniel Pastor. 1. ed. 2. reimp. Buenos Aires: Del Puerto, 2003.

SAAD, Marta. *O direito de defesa no inquérito policial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SALOMÃO, Heloisa Estellita. O direito humano de não cooperar na própria incriminação, a proteção ao domicílio e a fiscalização tributária. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 26, p. 129-142, abr./jun., 1999.

SALVADOR, Carlos Corral; EMBRIL, José Maria Urteaga. *Dicionário de direito canônico*. Tradução e adaptação de Jesus Hortal et al. São Paulo: Loyola, 1993.

SANDEVILLE, Lorete Garcia. O direito ao silêncio. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, n.36, p. 239-243, dez. 1991.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. 4. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SERRANO NEVES, Francisco de Assis. *O direito de calar*. São Paulo: Freitas Bastos, 1960.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

SHWARTZ, Bernard. *Os grandes direitos da humanidade: The Bill of Rights*. Tradução A. B. Pinheiro de Lemos. 1. ed. bras. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1979.

SILVA, Germano Marques da. *Curso de processo penal*. Volume 2. 2. ed. rev. e atual., Lisboa: Verbo, 1999.

SILVA, Marco Antonio Marques da. *A vinculação do juiz no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1993.

_____. *Acesso à justiça penal e estado democrático de direito*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. *Revista de Direito Administrativo*, São Paulo, vol. 212, p. 89-94, 1998.

_____. *Curso de direito constitucional positivo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SIQUEIRA JÚNIOR, Paulo Hamilton. Interrogatório a distância – *on line*. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 90, v. 788, p. 487-496, jun. 2001.

STEINER, Sylvia Helena de Figueiredo. *A Convenção Americana sobre Direitos Humanos e sua integração ao processo penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

SUANNES, Adauto. *Os fundamentos éticos do devido processo penal*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

TAVARES, André Ramos. Elementos para uma teoria geral dos princípios. In: LEITE, George Salomão (Org.). *Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 21-51.

TEDESCO, Ignacio F. El privilegio contra la autoincriminación: un estudio comparativo. *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*, Buenos Aires, v. 3, n. 6, p. 259-283, ago. 1997.

_____. La Libertad de la declaración del imputado: un análisis histórico-comparado. In: HENDLER, Edmundo S. (Org.). *Lãs garantías penales y procesales: enfoque histórico-comparado*. Buenos Aires: Del Puerto, 2001, p. 29-63.

TORNAGHI, Hélio Bastos. *Curso de processo penal*. Volume 1. 3. ed, rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1983.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. Volume 1 e 3. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

TOVO, Paulo Cláudio. *Nulidades no processo penal brasileiro: novo enfoque e comentário*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

TUCCI, Rogério Lauria. Comissão Parlamentar de Inquérito (Atuação, competência, caráter investigatório). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 2, n. 6, p. 171-185, abr./jun. 1994.

_____. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1993.

_____. *Teoria do direito processual penal: jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____; CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Constituição de 1988 e processo: regramentos e garantias constitucionais do processo*. São Paulo: Saraiva, 1989.

VERRI, Pietro. *Observações sobre a tortura*. Tradução de Federico Carotti. São Paulo: Martins Fontes, 1992.

WARREN, Earl. Homem prevenido. Os direitos de Miranda. *Revista Sub Judice – justiça e sociedade: Judicial review, o sonho americano*, Coimbra: Fundação Luso-Americana para o Desenvolvimento, número duplo, p. 103-114, jan./jun. 1998.

WEIS, Carlos. Resolução n. 05/02: Interrogatório *on-line*. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 10, n. 120, p. 5, nov. 2002.