

UNIVERSIDADE FEDERAL DE GOIÁS
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
FACULDADE DE DIREITO
MESTRADO EM DIREITO

**Aspectos penais da garantia constitucional
do direito ao silêncio.**

Marcelo Lopes de Jesus

Goiânia – GO
2004

TERMO DE CIÊNCIA E DE AUTORIZAÇÃO PARA DISPONIBILIZAR AS TESES E DISSERTAÇÕES ELETRÔNICAS NA BIBLIOTECA DIGITAL DA UFG

Na qualidade de titular dos direitos de autor, autorizo a Universidade Federal de Goiás (UFG) a disponibilizar, gratuitamente, por meio da Biblioteca Digital de Teses e Dissertações (BDTD/UFG), regulamentada pela Resolução CEPEC nº 832/2007, sem ressarcimento dos direitos autorais, de acordo com a Lei nº 9610/98, o documento conforme permissões assinaladas abaixo, para fins de leitura, impressão e/ou *download*, a título de divulgação da produção científica brasileira, a partir desta data.

1 **1. Identificação do material bibliográfico:** **Dissertação** **Tese**

1 **2. Identificação da Tese ou Dissertação**

2

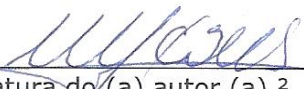
Nome completo do autor: MARCELO LOPES DE JESUS

Título do trabalho: ASPECTOS PENAIIS DA GARANTIA CONSTITUCIONAL DO DIREITO AO SILÊNCIO

3. Informações de acesso ao documento:

Concorda com a liberação total do documento SIM NÃO¹

Havendo concordância com a disponibilização eletrônica, torna-se imprescindível o envio do(s) arquivo(s) em formato digital PDF da tese ou dissertação.


Assinatura do (a) autor (a) ²

Data: 20 / 04 / 2017

¹ Neste caso o documento será embargado por até um ano a partir da data de defesa. A extensão deste prazo suscita justificativa junto à coordenação do curso. Os dados do documento não serão disponibilizados durante o período de embargo.

²A assinatura deve ser escaneada.

UNIVERSIDADE FEDERAL DE GOIÁS
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
FACULDADE DE DIREITO
MESTRADO EM DIREITO

**Aspectos penais da garantia constitucional
do direito ao silêncio.**

Marcelo Lopes de Jesus

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal de Goiás, como requisito para a obtenção do grau de Mestre em Direito Penal.

Orientador: Prof. Dr. Eriberto Bevilaqua Marins

Goiânia – GO
2004

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor, através do Programa de Geração Automática do Sistema de Bibliotecas da UFG.

Lopes de Jesus, Marcelo

Aspectos Penais da Garantia Constitucional do Direito ao Silêncio [manuscrito] / Marcelo Lopes de Jesus.
- 2004.

138 f.

Orientador: Prof. Dr. Eriberto Francisco Bevilaqua Marin.

Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal de Goiás, Faculdade de Direito (FD), Programa de Pós-Graduação em Direitos Humanos, Goiânia, 2004.

Bibliografia.

1. Direito ao silêncio. 2. Interrogatório. 3. Princípio da Não Auto incriminação. I. , Eriberto Francisco Bevilaqua Marin, orient. II. Título.

CDU 343




UNIVERSIDADE FEDERAL DE GOIÁS
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO

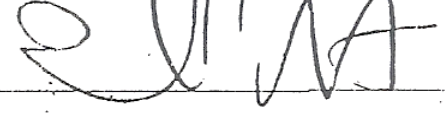
ATA DA SESSÃO DE JULGAMENTO DA DISSERTAÇÃO DE MESTRADO INTITULADA "ASPECTOS PENAIIS DA GARANTIA CONSTITUCIONAL DO ~~DIREITO~~ AO SILÊNCIO" APRESENTADA E DEFENDIDA PELO CANDIDATO MARCELO LOPES DE JESUS.

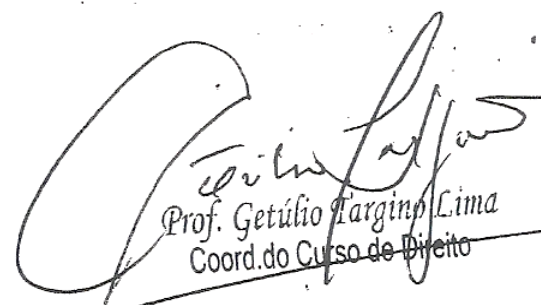
Aos quinze dias do mês de outubro do ano de dois mil e quatro (15.10.04), às 8:30 h (oito horas e trinta minutos), no Salão Nobre da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Goiás, realizou-se a Sessão de Julgamento da Dissertação de Mestrado intitulada "ASPECTOS PENAIIS DA GARANTIA CONSTITUCIONAL DO DIREITO AO SILÊNCIO", apresentada e defendida pelo candidato MARCELO LOPES DE JESUS. A Banca Examinadora ficou assim composta: Professor Doutor Eriberto Francisco Beviláqua Marin, Orientador e Presidente da Banca, Professor Doutor Nivaldo dos Santos e Professor Doutor Francisco Itairi Campos. Presentes, ainda, alguns mestrandos, além de outras pessoas convidadas. Após a abertura dos trabalhos, o Senhor Presidente agradeceu a presença de todos, apresentou a Banca Examinadora e também o mestrando. Em seguida, foi dada a palavra ao candidato, pelo prazo máximo de vinte (20) minutos, para fazer exposição sobre o seu trabalho, o que foi feito. Após a exposição, foi dada a palavra ao Professor Doutor Nivaldo dos Santos, para fazer suas

considerações que foram respondidas pelo mestrando no tempo regulamentar. A palavra também foi dada ao Professor Doutor Francisco Itami Campos, para fazer suas arguições, que foram respondidas pelo mestrando no tempo regulamentar. Logo após, o Senhor Presidente teceu alguns comentários sobre o trabalho e informou que os presentes deixariam o recinto por alguns minutos, a fim de a Banca colher as notas de cada Examinador. Após, a Banca mandou convidar que retornassem ao recinto os integrantes da platéia e proclamou os resultados, sendo atribuídas as seguintes notas: *9,2* (Nove e dois décimos), pelo Professor Doutor Eriberto Francisco Beviláqua Marin; *9,5* (Nove e cinco décimos), pelo Professor Doutor Francisco Itami Campos; *9,5* (Nove e cinco décimos) pelo Professor Doutor Nivaldo dos Santos. Sendo o candidato aprovado com a nota final *9,5* (Nove e cinco décimos) e declarado Mestre em **DIREITO, ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: CIÊNCIAS PENAIS**. E nada mais foi dito, pelo que eu, Cláudia Menezes Gomes, lavrei a presente ata que, depois de lida, vai assinada pelos professores membros da Banca Examinadora e por mim rubricada.

Prof. Dr. Eriberto Francisco Beviláqua Marin 

Prof. Dr. Francisco Itami Campos 

Prof. Dr. Nivaldo dos Santos 


Prof. Getúlio Fargino Lima
Coord. do Curso de Direito

7/12/09
2/10/09

É cousa tão natural o responder, que até os penhascos duros respondem, e para as vozes têm eco. Pelo contrário, é tão grande violência não responder, que aos que nasceram mudos fez a natureza também surdos, porque se ouvissem, e não pudessem responder, rebentariam de dor.

Cartas

Padre Antonio Vieira

RESUMO

JESUS, Marcelo Lopes de. *Aspectos penais da garantia constitucional do direito ao silêncio*. 2004. 100 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Goiás. Goiânia, 2004.

A finalidade deste estudo é fazer uma avaliação do direito ao silêncio, elevado a condição de garantia constitucional pela Constituição Federal de 1988, buscando compreender seu alcance, âmbito de aplicação e implicações no Direito Processual Penal, no Direito Constitucional e no Direito Penal. Foi feita, inicialmente, uma análise do silêncio em si, tomando-o em seus aspectos físicos, psicológicos, lingüísticos e semióticos, posteriormente, se buscou identificar o silêncio como manifestação da vontade, e não como um simples ato de permanecer calado, chegando, por fim, à compreensão dos aspectos jurídicos do direito de permanecer calado. Para entender o reflexo do direito ao silêncio nos diferentes ramos do direito observados, foi necessária uma análise histórica e evolutiva do direito ao silêncio, em diversos momentos da história, bem como em outros países, para avaliar sua incidência no direito atual. Esta análise permitiu perceber o direito de permanecer calado, como um desdobramento de um princípio maior, o de que ninguém deve ser obrigado a produzir prova contra si mesmo, trazendo impacto imediato na produção probatória e no interrogatório. Quanto a este, deve ser, cada vez mais, entendido como meio de defesa, e não como meio de prova, cabendo ao acusado avaliar a conveniência, ou não, de permanecer calado. Ao final, chega-se à conclusão de que o direito ao silêncio é parte de uma conjuntura maior, que afeta a própria ética da instrução processual e do inquérito policial, derivado de uma clara opção, feita pelo Legislador Constituinte, de promover uma instrução probatória norteada pela ampla defesa e, principalmente, pelo princípio da presunção do estado de inocência, servindo, igualmente, como balizamento para a edição de leis ordinárias, posto figure como direito fundamental.

ABSTRACT

The purpose of these study is to make an evaluation of the right to remain in silence, raised to the condition of constitutional guarantee by Federal Constitution of 1988, trying to understand it's reach, range of application and implications in Criminal Processual Law, Constitutional Law and in Crimanal Law. It was made, initially, a analisys of the silence itself, takin it in its phisicals, psicologicals, linguistics and semiotics aspects, afterwards, it searches to identify silence as a manifestation of will, and not only as a simple act of remain quiet, reaching, finally, the comprehension of the juridical aspects of the right to remain silente. To understand the reflects of the right to remain silent in the different branches of Law observed, it was necessary an historical and evolutive analisys of the right to remain silent, in several moments of history, as well as in other countries, to evaluate it's incidence in present Law. This analisys permitted perceive the right to remain silent, as an extension of a greater principle, that one as no one should be compeled to produce proof against himself, bringing immediate impact in probatory production and interrogation. These one should be, more and more, took as a way of defense, not as a way of proof, and it falls to the accused evaluate the convenience, or not, to remain quiet. At the end, it reaches the conclusion that the right to remain in silence is part of a bigger juncture, that affects processual instruction ethics itself and policial inquest, derivative from a clear option, made by the Constitutional Legislator, to promote a probatory instruction, guided by all means of defense and, principally, by the principle of presumption of the state of innocence, serving, as well, as boudaries to the edition of ordinary laws, as it appears as a fundamental right.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 O Silêncio	12
1.1 Conceito e considerações	12
1.2 O silêncio como manifestação da vontade	17
1.3 O silêncio como direito	20
1.3.1 Evolução histórica do direito ao silêncio	20
1.3.1.1 <i>Na Antigüidade</i>	21
1.3.1.2 <i>Nas Civilizações Clássicas</i>	22
1.3.1.3 <i>Na Idade Média</i>	23
1.3.1.4 <i>Idade Moderna e Contemporânea</i>	24
2 ASPECTOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO AO SILÊNCIO	31
2.1 O direito ao silêncio como direito fundamental	31
2.2 O direito ao silêncio e o devido processo legal	36

2.3 O direito ao silêncio e o direito à ampla defesa	39
2.4 O direito ao silêncio e a presunção de estado de inocência	40
2.5 O direito ao silêncio nos diplomas internacionais	42
3 ASPECTOS PROCESSUAIS PENAIS DO DIREITO AO SILÊNCIO	43
3.1 O direito ao silêncio aplicado ao interrogatório do acusado	44
3.2 O interrogatório no Direito Processual Penal Brasileiro	48
3.2.1 Legislação anterior ao Código de Processo Penal em vigor	48
3.2.2 O interrogatório no Código de Processo Penal em vigor, antes da Lei 10.792/2003	50
3.2.3 O interrogatório e a disciplina da Constituição Federal de 1988	52
3.2.4 O interrogatório no Código de Processo Penal em vigor, após a Lei 10.792/2003	56
3.2.5 O interrogatório na legislação processual esparsa	58
3.2.6 Advertência quanto ao direito ao silêncio	60

3.2.7 Extensão do direito ao silêncio	65
3.3 Direito ao silêncio e formas de colaboração processual	72
3.4 Conseqüências do exercício do direito ao silêncio	77
3.5 O direito ao silêncio e o dever de cooperação no interrogatório	81
3.6. Vedações de determinados métodos de interrogatório	82
3.6.1. Técnicas empregadas na formulação das perguntas ao acusado	82
3.6.2 Emprego de tortura	83
3.6.3 Outros métodos vedados para obter declarações do acusado	86
3.7 O dever de dizer a verdade	89
3.8 O dever de comparecer	92
3.9. O interrogatório na jurisprudência nacional	95
3.10. O interrogatório no direito estrangeiro	101
3.10.1. Direito inglês	101

3.10.2 Direito norte-americano	103
3.10.3 Direito alemão	114
3.10.4 Direito italiano	116
3.11 O direito ao silêncio e a instrução probatória	119
3.11.1 Provas que implicam intervenção corporal	122
3.11.2 Provas que não implicam intervenção corporal	126
3.11.3 Posicionamento no direito brasileiro	129
4 CONCLUSÃO.	134
5 REFERÊNCIAS	137

INTRODUÇÃO

O silêncio apresenta-se como questão interessante quando analisado em sua dimensão jurídica, em especial nos seus aspectos criminais, assegurando ao acusado o direito de não se auto-incriminar.

O chamado direito ao silêncio consolidou-se como direito fundamental vinculado ao Estado de Direito, estreitamente relacionado com outros direitos de mesma condição: o direito à intimidade, à liberdade moral, à dignidade e à intangibilidade corporal.

O primeiro passo no estudo do tema, aponta para uma caracterização do silêncio em si, como identificá-lo, como valorá-lo, como lhe atribuir relevância jurídica.

A ênfase dada ao aspecto histórico, além de seu caráter ilustrativo, assenta as bases para o entendimento das premissas sobre as quais o princípio foi se desenvolvendo.

Buscar-se-á enfocar o direito ao silêncio sob o prisma dos direitos fundamentais, com as conseqüências que tal situação admite.

Quanto à aplicação do direito ao silêncio, será analisado em momentos distintos, especialmente no processo penal: no interrogatório e nas provas que

dependem da colaboração do acusado, com as decorrências que a aplicação desta garantia constitucional traz nos referidos institutos.

Enfim a proposta desta dissertação é produzir uma pesquisa sobre o silêncio, mais especificamente compreendido como direito, e, em especial das suas implicações jurídicas na esfera criminal, bem como de suas decorrências, buscando, em alguns momentos, apresentar possíveis soluções para a sua preservação, sem a inviabilização da persecução penal.

1 O SILÊNCIO

1.1. Conceito e considerações

Silêncio vem de *silentium*, que, por sua vez, vem de *silere*, do verbo *sileo*, que significa calar, não dizer palavra alguma. Seu sentido vulgar é de abstenção de falar, ausência de ruído, quietude, ou mesmo sossego, como quando se ordena silêncio. Nos clássicos latinos aparece com várias conotações diferentes: atenção, repouso, inatividade, sombra, obscuridade, esquecimento etc.

Em termos meramente físicos, o silêncio pode ser entendido como uma grandeza “negativa”, que pressupõe uma ausência e não uma presença. Destarte, o silêncio pode ser percebido como “ausência de som”, o que não deixa de ser intrigante, mormente se imaginado que, a rigor, não existe silêncio, mas sim ausência de ruído, tanto assim que não é possível a produção de silêncio, o que é factível é que se processe a cessação do som.

Ainda no campo da física, o mesmo se dá com todas as outras grandezas “negativas”, tais como a escuridão (ausência de luz), o frio (ausência de calor), o repouso (ausência de movimento), o equilíbrio (ausência de força resultante) etc.

Nos textos bíblicos o silêncio se reveste de elevada conotação, com referência em diversas passagens. Interessante a narração, em Mateus, em que

Jesus, acusado diante do Sinédrio, que busca incriminá-lo com testemunhas falsas, utiliza o direito ao silêncio¹:

E não o achavam; apesar de se apresentarem muitas testemunhas falsas, não o achavam. Mas, por fim chegaram duas testemunhas falsas, e disseram: Este disse: Eu posso derrubar o templo de Deus, e reedificá-lo em três dias.

E, levantando-se o sumo sacerdote, disse-lhe: Não respondes coisa alguma ao que estes depõem contra tí?

Jesus, porém, guardava silêncio. E, insistindo o sumo sacerdote, disse-lhe: Conjuro-te pelo Deus vivo que nos digas se tu és o Cristo, o Filho de Deus.

Disse-lhe Jesus: Tu o disseste.

Segundo a semiótica, o silêncio é um modo de comunicação humana, ao lado da fala, existindo uma determinação do relacionamento entre conotação e denotação no discurso literário, em que o “entredito” medeia entre a linguagem feita e o silêncio. Daí a observação de Luís Costa Lima, de que “a linguagem abrange dois campos expressivos, a pronúncia articulada e a ausência pronunciada, ao passo que o silêncio é um território indiviso, permanência do deserto”²

O abade Dinouart, em estudo datado de 1771, indica os princípios necessários para calar, e analisa as diferentes espécies de silêncio e suas causas.³

¹ Evangelho de Mateus, cap. 26, v. 60-64.

² LIMA, Luís Costa. *A metamorfose do silêncio*. Rio de Janeiro: Eldorado, 1975, p. 124.

³ DINOUART, Abade. *A arte de calar*. Trad. Luís Filipe Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p.12

Do referido autor, importa analisar os princípios havidos como necessários para calar, podendo-se, sem muito esforço imaginativo, transportar estas indicações, de cunho eminentemente filosófico, para outros ramos e atividades desempenhadas pelo homem moderno.

Segundo o Abade Dinouart, toda a arte de calar está consubstanciada nos princípios elaborados, quais sejam:

- só se deve deixar de calar quando se tem algo a dizer que valha mais do que o silêncio.
- há um tempo de calar, assim como há um tempo de falar.
- o tempo de calar deve sempre vir em primeiro lugar; e nunca se pode bem falar quando não se aprendeu antes a calar.
- não há menos fraqueza ou imprudência em calar, quando se é obrigado a falar, do que leviandade e indiscrição em falar, quando se deve calar.
- é certo que, considerando as coisas em geral, há menos risco em calar do que em falar.
- o homem nunca é tão dono de si mesmo quanto no silêncio: fora dele, parece derramar-se, por assim dizer, para fora de si e dissipar-se pelo discurso; de modo que ele pertence menos a si mesmo do que aos outros.
- quando se tem uma coisa importante para dizer, deve-se prestar a ela uma atenção muito especial: é necessário dizê-la primeiro a si mesma e, depois de tal precaução, voltar a dizê-la, para evitar que haja arrependimento quando já não se tiver o poder de voltar atrás no que se declarou.
- quando se trata de guardar um segredo, calar nunca é demais; o silêncio é então uma das coisas em que, geralmente, não há excesso a temer.
- a reserva necessária para guardar o silêncio na conduta geral da vida não é uma virtude menor do que a habilidade e a aplicação em bem falar; e não há mais mérito em explicar o que se sabe do que calar o que se ignora.
- o silêncio muitas vezes passa por sabedoria em um homem limitado e por capacidade em um ignorante.
- mesmo que se tenha propensão ao silêncio, sempre se deve desconfiar de si mesmo; e, se houver muita paixão em dizer uma coisa, este será um motivo suficiente para decidir não a dizer.

- o silêncio é necessário em muitas ocasiões, mas é preciso sempre ser sincero; podem-se reter alguns pensamentos, mas não se deve camuflar nenhum. Há maneiras de calar sem fechar o coração; de ser discreto sem ser sombrio e taciturno; de ocultar algumas verdades se as cobrir de mentiras.⁴

O silêncio propriamente pode se manifestar de diversas formas: como prudência, quando cala oportunamente; como complacência, quando se aplica em escutar, sem contradizer, aqueles que se deseja agradar; como artifício, quando se busca tirar proveito do que se ouve e observa; como aprovação, quando consiste em consentimento dado ao que é visto e ouvido.

Enfim, várias são as maneiras pelas quais o silêncio se apresenta, logicamente, qualquer delas com seus motivos e particularidades.

Analisando aspectos lingüísticos e de comunicação, temos o silêncio, nos dizeres dos lingüistas, como “fundante”, essencial para o estabelecimento da comunicação. Com efeito, pode-se afirmar que no início é o silêncio, a linguagem vem depois.

A criação da linguagem representa a percepção do silêncio como significação e uma tentativa de retê-lo.

Eni Puccinelli Orlandi aduz que “o ato de falar é o de separar, distinguir e, paradoxalmente, vislumbrar o silêncio e evitá-lo”, segundo a autora, esse gesto disciplina o processo de significar, pois estabiliza o movimento dos sentidos, que

⁴ DINOUART, Abade. *A arte de calar*. Op. cit., p.13-14.

se além à fala, pois, complementa, “no silêncio, sentido e sujeito movem-se largamente”.⁵

Em suma, quando o homem individualizou o silêncio como algo significativamente discernível, ele estabeleceu o espaço da linguagem, desse modo, ao invés de pensar o silêncio como “falta”, pode-se, ao contrário, pensar a linguagem como “excesso”. O silêncio, assim, aparece como o espaço diferencial da significação, como o lugar que permite à linguagem significar.

Evidentemente, o silêncio tratado pelos lingüistas não é o silêncio em sua qualidade física, mas o silêncio como sentido, como história, o silêncio humano, que significa alguma coisa.

Dentro da idéia de significado, importa distinguir dois conceitos próximos, contudo distintos, quais sejam, o silêncio e o implícito, distinção muito útil para que se possa tirar conclusões e percepções do silêncio, especialmente no tocante à manifestação da vontade.

Com efeito, o silêncio é o não-dito, que existe, independentemente do que foi dito, verbalizado, expressado. O implícito, nos dizeres de Ducrot, é “um modo de expressão que permite deixar entender sem incorrer na responsabilidade de ter dito”.⁶

⁵ ORLANDI, Eni Puccinelli. *As formas do silêncio no movimento dos sentidos*. Campinas: Editora da Unicamp, 2002, p. 29.

⁶ DUCROT, O. *Dire et ne pas dire*, Paris: Herman, 1972. p.12.

Assim, o implícito, para ser compreendido, faz uma referência necessária ao dizer, significando, por sua dependência às palavras, uma contrapartida do que foi dito.

O silêncio, por sua vez, não remete ao dito, ele se mantém como tal, permanece silêncio e significa.

1.2. O silêncio como manifestação da vontade

Como apontado, o silêncio não se confunde com a manifestação implícita, tácita, da vontade, ao contrário, pode-se tomar o silêncio como manifestação expressa da vontade, mais especificamente, da vontade de quedar-se silente e, se for o caso, com todo o significado que pode advir deste estado.

Em alguns casos o silêncio em si significa manifestação expressa da vontade, tão eficiente quanto a fala, tome-se o exemplo de uma reunião em que os presentes exprimem seu voto levantando a mão e declarando “sim”, os que se abstiverem de qualquer destes atos demonstram sua vontade tão expressamente quanto os demais.

O conceito de silêncio como declaração de vontade, geradora de efeitos jurídicos, vai depender da doutrina que o defina. Desse modo, como esclarece Antonio Junqueira de Azevedo, três são as soluções propostas.⁷

⁷ AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico; existência, validade e eficácia*. São Paulo: Saraiva, 1974, p. 148.

A primeira, originária do direito romano, está sintetizada no princípio *qui tacet non utique fatetur, sed tamen verum este eum non negare*⁸, isto é, quem cala nem sempre consente, mas também é certo que não nega. Em outras palavras, aquele que cala não rejeita nem aceita. Não obstante essa regra, é de salientar que havia algumas exceções onde se atribuía ao silêncio o valor de declaração de vontade, especialmente no direito de família, onde o silêncio da filha dada em casamento importava consentimento, e, reciprocamente, o silêncio do pai se a filha contrata por si mesma os esposais.

A segunda corrente traz solução apontada pelo direito canônico e pelos glosadores e que, com efeito, virou adágio popular: *qui tacet consentire videtur*, ou seja, quem cala consente. Desse modo, quem silencia diante de um contrato deixaria entendido que o aceita.

A terceira posição, chamada eclética, foi a adotada pelo nosso ordenamento jurídico, traduz-se na máxima: *qui tacet cum loqui potuit et debuit, consentire videtur*, textualmente, quem cala quando podia ou devia falar entende-se que aceita. É o disposto no art. 111 do Código Civil ora em vigor.

Sílvio de Salvo Venosa leciona que o silêncio, por si só, não pode ter valor algum. Uma parte poderia aproveitar-se de outra, se tal fosse válido, pelo fato de o declaratório ser tímido, ter pouca diligência, ou não ter conhecimentos necessários para a manifestação de vontade. Desse modo, preconiza, “o puro

⁸ Corpus Juris Civilis, D., 50, 17.

silêncio só vale se a lei assim o determinar, ou se vier acompanhado de outros fatores externos. A atitude omissiva, pura e simples do destinatário não tem valor algum”.⁹

Portanto, somente o silêncio chamado de “qualificado” ou “circunstanciado” pode gerar efeitos jurídicos para as partes.

Sob essa ótica, constituem elementos do silêncio, de modo a caracterizá-lo como “qualificado”, segundo o ensinamento de Serpa Lopes:

manifestação da vontade por meio de um comportamento negativo, deduzida de circunstâncias concludentes, caracterizada pelo dever e possibilidade de falar por parte do silente e pela convicção da outra parte de haver, nesse comportamento negativo e nessas circunstâncias, uma direção de vontade inequívoca e incompatível com a expressão de uma vontade oposta.¹⁰

Portanto, resta claro que, para que o silêncio, como manifestação de vontade, tenha efeitos jurídicos, e vincule a pessoa, é preciso que haja circunstâncias advindas da lei, do contrário, o silêncio, por si só, é um fato juridicamente insignificante.

⁹ VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil parte geral*. São Paulo: Atlas, 2002. p.388.

¹⁰ LOPES, Miguel Maria de Serpa. *O silêncio como manifestação da vontade nas obrigações*. 3 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1961, p.369.

1.3. O silêncio como direito

O termo “silêncio” aparece no direito moderno constituindo várias expressões e situações, em matéria de lacuna do direito, de interpretação, nos campos do direito civil, do direito administrativo, do direito penal.

Diferente é o silêncio em direito penal e em direito civil, no direito penal é tema bem mais complexo, traz conotações mais amplas, já no civil pode ser entendido como confissão.

Nos domínios do direito processual, o silêncio vale como abstenção, causando a caducidade do direito, ou a preclusão, ou mesmo a renúncia, quando possível subjetiva e objetivamente.

Em matéria de direito administrativo, o silêncio da autoridade, não despachando no prazo legal, por exemplo, autoriza a procura da via jurisdicional.

Contudo, importa analisar a existência de um direito específico ao silêncio, suas implicações e desdobramentos.

1.3.1. Evolução histórica do direito ao silêncio

O direito ao silêncio é uma decorrência automática do princípio de que ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo, expresso, comumente, na máxima latina *nemo tenetur se detegere*, que significa, literalmente, que ninguém é obrigado a se descobrir.

Este princípio é expresso também por outras máximas latinas, tais como *nemo tenetur edere contra se*, ou *nemo tenetur se accusare* ou ainda, *nemo tenetur detegere turpitudinem suam* sendo que, dentre várias, Helmholtz observa que se atribui a São João Crisóstomo, no quarto século, a autoria da máxima *nemo tenetur prodere se ipsum*, que, nos dizeres do santo, preconiza que nenhuma pessoa pode ser compelida a trair a si mesma em público.¹¹

Ao longo do tempo, estas máximas assumiram vários significados, influenciando o surgimento do direito ao silêncio, em especial, no que tange ao comportamento do réu no interrogatório, que também sofreu alterações durante a história.

1.3.1.1. Na Antigüidade

No código de Hamurabi, embora não houvesse previsão formal de interrogatório, o acusado poderia ser ouvido sob juramento, especialmente quando não houvesse outra prova, testemunhal ou documental, ou ainda flagrante delito.

As leis de Manu não admitiam que o acusado se calasse ou mentisse. Em tais situações, seria tido por culpado. Se comparecesse ao tribunal, deveria falar a verdade. O acusado deveria submeter-se a juramento.

¹¹ HELMHOLZ, R.H. et al., *The privilege against self-incrimination: its origins and development*. Chicago: Universidade de Chicago, 1997, p.1

Com efeito, prescrevem as leis de Manu que: “É necessário, ou não comparecer perante o tribunal, ou, comparecendo, dizer a verdade. O homem que se cala ou mente, é igualmente culpado”¹²

No Egito, o interrogatório era admitido perante os tribunais ordinários, em instruções complementares, mas a tortura era empregada, com uso da roda e golpes de bastão. Havia também submissão ao juramento.

O direito hebreu admitia o interrogatório do acusado, sem juramento como regra. Por exceção, admitia-se o juramento para a prova da inocência, sendo estas exceções a do depositário, cujos objetos que estavam sob sua guarda haviam sido roubados, e a daquele que recebesse um animal em confiança e este morresse ou fosse subtraído. A confissão era considerada uma aberração da natureza humana ou manifestação de estado de loucura, dessa forma, auto-incriminar-se era havido como espécie de alienação.

1.3.1.2. Nas Civilizações Clássicas

Na Grécia, não se conhecia o direito ao silêncio e, no interrogatório, aplicava-se a tortura, para obtenção da confissão e da delação dos cúmplices.

¹² estância 13 do Livro III.

Não há indicações de que o direito ao silêncio tenha origem no direito romano. Helmholtz informa que esse princípio era desconhecido no direito romano clássico¹³.

Na república, admitia-se o interrogatório, mas não se previa o silêncio. Nos últimos séculos desta, as *questiones*, o interrogatório não era previsto. No Império, havia previsão e empregava-se a tortura no interrogatório.

1.3.1.3. Na Idade Média

Para os bárbaros, invasores do Império Romano, que empregavam as ordálias, não havia lugar para o direito ao silêncio. O interrogatório era meio de prova.

No direito comum, havia a tendência à utilização processual, no que diz respeito à prova, dos conhecimentos do acusado. No processo inquisitório, essa tendência acentuou-se ainda mais, de modo a obrigar o acusado a responder ao interrogatório mesmo que fosse necessário o emprego de força. Contudo, aduz Helmholtz, que o mais provável é que o direito ao silêncio tenha-se originado como limitação ao dever religioso de confessar¹⁴.

¹³ HELMHOLTZ, R.H. et al., *The privilege against self-incrimination: its origins and development*. op. cit., p.186.

¹⁴ Idem, *Ibidem*, p.185.

A tendência era a busca de provas por meio do acusado ou com a sua cooperação. Nesse contexto, justificou-se o emprego da tortura, como meio de obtenção da confissão do acusado.

A verdade, extorquida do acusado, era tida como decisiva para o resultado do processo penal. A confissão era a prova máxima. A esse respeito, Mittermaier salienta que “a tendência a provocar a confissão era exagerada, conduzindo à aplicação imoderada da tortura”.¹⁵

Na realidade, no processo inquisitório da Idade Média havia uma prévia convicção sobre a culpabilidade do acusado e a tortura era o instrumento para alcançar a confirmação dessa culpabilidade, por meio da confissão. No interrogatório, o acusado tinha o dever de responder.

Predominava o entendimento de que o interrogatório era meio de prova, não se justificando, também por essa razão, direito ao silêncio.

1.3.1.4. Idade Moderna e Contemporânea

Foi no período do Iluminismo que o princípio de que ninguém deve ser obrigado a se incriminar se firmou. Verifica-se que, historicamente, tal princípio apresenta-se associado ao interrogatório do acusado.

¹⁵ MITTERMAIER, C. J. A. *Tratado da prova em matéria criminal*. Traduzido por C. A. Alexandre. Campinas: Bookseller, 1997. p.178.

Nessa época marcada pela construção e reconhecimento das garantias penais e processuais penais, que nos dias de hoje parecem tão sedimentadas, o referido princípio revela-se como garantia relativa ao resguardo do acusado no interrogatório. Isso decorre do fato de o acusado, nesse período, já não ser visto exclusivamente como objetivo da prova.

Os iluministas, nos dizeres de Maria Elizabeth Queijo combateram o emprego da tortura e o juramento imposto ao acusado, observando que qualquer declaração auto-incriminativa era antinatural. Além disso, consideravam imoral os meios utilizados para fazer com que ele falasse, ou seja, confessasse, auto-incriminando-se¹⁶.

Beccaria, na clássica obra “dos delitos e das penas” salientava, com propriedade, que há contradição entre a lei e os sentimentos naturais no juramento de dizer a verdade imposto ao acusado.

Conforme o referido autor, é impossível que o homem pudesse jurar, contribuindo para sua própria destruição. Em acréscimo, o autor opõe-se com veemência, ao emprego da tortura, afirmando que é monstruoso exigir que alguém seja acusador de si mesmo, procurando fazer nascer a verdade pelos tormentos, como se esta residisse nos músculos do infeliz.¹⁷

¹⁶ QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo*. op. cit., p.8

¹⁷ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997, p. 44.

Há que se ressaltar, que, efetivamente, o terreno onde houve o desenvolvimento mais sensível do direito ao silêncio foi no solo anglo-americano, inclusive com a expressão na Constituição Americana do chamado *privilege against self incrimination*.

O princípio que garante que ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo, que desemboca no reconhecido *privilege* do direito americano e garante o direito ao silêncio, tem, segundo Helmholz, suas origens no *ius commune*, no final da idade média e na renascença. E segundo este autor, a expressão *ius commune* refere-se à combinação dos cânones legais e romanos, que dominaram a educação jurídica européia antes da Era Moderna, determinando, em larga medida, regras praticadas nas cortes da Igreja inglesa, antes e depois da Reforma.¹⁸

A regra que vedava compelir alguém a auto-incriminação foi expressa no mais popular manual processual medieval do *ius commune*, o *Speculum iudiciale*, compilado por William Durantis, em 1296, representada pela máxima *nemo tenetur detegere turpitudinem suam*, significando que ninguém pode ser compelido a ser testemunha contra si mesmo porque ninguém está obrigado a revelar sua própria vergonha¹⁹.

¹⁸ HELMHOLZ, R.H. et al., *The privilege against self-incrimination: its origins and development*. op. cit., p.17.

¹⁹ Idem, *ibidem*, p.17.

Com isso, distinguia-se o foro espiritual do foro externo. No foro externo, tinha lugar o princípio, mas no foro espiritual não²⁰. Assim sendo, tal princípio não era visto como direito fundamental, mas como proteção contra intromissões dos poderes públicos na vida privada.

Entretanto, o princípio que vedava a auto-incriminação somente tinha aplicação quando a prática do crime era desconhecida. Se o crime cometido fosse de conhecimento público, não vigorava o princípio. Pretendia-se com isso, evitar que os juízes pudessem investigar abstratamente a vida das pessoas.

Para exigir o juramento *ex officio*, que obrigava a colaboração, era necessária, nos processos criminais, a denominada “fama pública”, isto é, comentários de certa repercussão de que o acusado fosse o autor do delito em apuração. Sobre este aspecto, Helmholtz cita caso ocorrido em 1449, no qual John Stonehill e sua esposa Joan foram citados pelo conselho da Corte da Diocese de Rochester, porque foram acusados de matar um filho menor. Em vez de responderem à acusação, eles contestaram a existência de qualquer “fama pública” contra eles e a Corte diocesana ordenou a instauração de inquérito, preliminarmente. O inquérito mostrou que os Stonehill estavam corretos. Não havia “fama pública” circulando contra eles. Como consequência, acabaram não sendo submetidos a processo nem ao juramento.²¹

²⁰ Idem, ibidem, p.27.

²¹ HELMHOLTZ, R.H. et al., *The privilege against self-incrimination: its origins and development*. op. cit., p.34.

No século XVI, as recusas ao juramento, fundadas no princípio canônico *nemo tenetur prodere se ipsum*, tornaram-se mais freqüentes. Sendo que, após a Reforma, a oposição contra a jurisdição da igreja aumentou muito.

As pessoas, citadas para responder a processos perante as cortes eclesiásticas, adotavam duas técnicas: recusar-se a submeter-se a juramento *ex officio* e utilizar o *writ* de proibição e o *habeas corpus*, socorrendo-se das cortes de *common law*. Nessa fase, diferentemente do que ocorria na Idade Média, os acusados de dissensão contra a igreja eram, via regra, pessoas abastadas²²

O *writ* de proibição e o *habeas corpus* eram instrumentos jurídicos das cortes de *common law* para interferir nos julgamentos eclesiásticos. Pelo *writ* de proibição decidia-se que o acusado não podia ser submetido a julgamento por determinada corte. Já o *habeas corpus* era utilizado contra o poder da *court of high comission* de decretar prisões.²³

Contribuíram também para o aumento das objeções contra o juramento *ex officio* a extinção do inquérito preliminar para estabelecer a “fama pública” e a maior freqüência de advogados, no século XVI, nas persecuções nas cortes eclesiásticas. As cortes de *common law* negavam aos acusados, na quase totalidade dos casos, fazerem-se representar por advogado.

²² HELMHOLZ, R.H. et al., *The privilege against self-incrimination: its origins and development*. op. cit., p.40.

²³ Idem, *ibidem*, p.50

A esse respeito *Maunsell & Ladd*, em 1607, é considerado *leading case* em relação à vedação à auto-incriminação. Os dois estavam presos por se recusarem a responder um sumário de questões sobre reuniões secretas de dissidentes religiosos. Ladd era leigo e Maunsell era clérigo.

Este julgado se tornou referência, não propriamente pelos resultados alcançados já que foram confirmados, por três votos a dois, os poderes de prender a interrogar da *court of high commission*, mas pela argumentação empregada pelos advogados que alegaram a ilegalidade das questões formuladas. Sustentaram que as perguntas auto-incriminatórias violavam o direito natural, a *Magna Charta* e os estatutos ingleses.

Helmholz destaca que, nessa fase, não era tradicional argüir-se a violação à *Magna Charta* para sustentar que as cortes eclesiásticas não poderiam formular questões auto-incriminatórias.²⁴

O mesmo autor aponta as origens do *privilege against self-incrimination*, como trabalho dos advogados de defesa, no final do século XVIII.²⁵

É de ressaltar que, durante o século XVI, o direito fundamental dos acusados não era de silenciar, mas de ter a oportunidade de falar no processo criminal. Helmholz elucida, a esse respeito, que o posicionamento dominante, à época, era de que o acusado inocente não precisava de advogado, porque ele

²⁴ HELMHOLZ, R.H. et al., *The privilege against self-incrimination: its origins and development*. op. cit., p.73.

²⁵ Idem, *ibidem*, p.82.

próprio será efetivo como um. Mas, se for culpado, será mais fácil descobrir a verdade quando ele mesmo falar, sendo mais difícil esta apuração se alguém falar por ele.²⁶

Outro fator que cooperava para que o acusado se submetesse ao interrogatório, desestimulando-o a silenciar, era que, para obter a comutação da pena de morte por outra modalidade, era preciso ganhar a simpatia do júri. Assim, o acusado era compelido a falar. Essa tendência somente declinou no início do século XIX, porque a sanção para os crimes mais graves passou a ser a prisão.

No início do século XIX, o processo criminal passou por transformações significativas, não somente com a admissão da constituição de advogado, mas também com a adoção da dúvida razoável da prova, nos casos de insuficiência probatória, da presunção do estado de inocência e o desenvolvimento das regras de exclusão de provas.

Todos esses aspectos contribuíram para que o acusado pudesse silenciar, mas, logicamente, para tal fim, foi decisiva a adoção da defesa técnica.

Desse modo, no século XIX, o *privilege against self-incrimination* tornou-se efetivo, como direito ao silêncio, de acusados e testemunhas.

²⁶ Idem, ibidem, p.86.

2 ASPECTOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO AO SILÊNCIO

Considerando que o direito ao silêncio, hoje, foi alçado à condição de garantia constitucional, há que se observar alguns aspectos, próprios dos direitos e garantias individuais, atinentes a sua condição e que merecem ser analisados.

2.1. O direito ao silêncio como direito fundamental

A expressão “direito fundamental”, via de regra, é utilizada para designar um rol de direitos que visam a proteção da dignidade humana e de valores que são reconhecidos de modo praticamente universal.

Comumente se faz uma identificação entre os direitos fundamentais e os chamados direitos humanos tomando-os por sinônimos, predomina, contudo, o entendimento de que os direitos fundamentais seriam os direitos humanos positivados, especialmente nos textos constitucionais dos Estados. Em consonância com este entendimento, Canotilho aponta que, analisados segundo sua origem e significado, os direitos humanos seriam “direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos”, sendo que os direitos fundamentais seriam “direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espaciotemporalmente”²⁷.

²⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 3ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 369.

Fábio Konder Comparato formula interessante distinção entre os direitos humanos e os direitos fundamentais utilizando, como parâmetro, o reconhecimento expresso em diplomas legislativos. Para o referido autor, os direitos fundamentais seriam os direitos humanos positivados nas Constituições, nas leis e nos tratados internacionais, o que permite a conclusão de que os direitos humanos não são, necessariamente, reconhecidos expressamente em diplomas legislativos.²⁸

Assinala Maria Elizabeth Queijo que os direitos fundamentais, representando os direitos humanos formalmente reconhecidos, aumentaram enormemente o grau de segurança jurídica. Com efeito, indica a autora, “a positivação dos direitos fundamentais nas Constituições, a partir do século XIX, representou importante passo para suprir a falta de eficácia das declarações de direitos do século XVIII. E ainda para assegurar sua observância e impedir sua supressão do ordenamento”²⁹.

Logicamente, considerando que os direitos fundamentais seriam aqueles presentes nos diplomas legislativos nas diferentes épocas, pode-se afirmar que sua análise e observação levam, obrigatoriamente, ao entendimento do pensamento dominante na sociedade que os positivou, ou, como aponta Suzana de Toledo Barros de modo bastante proficiente, “como valores precípuos plasmados em uma Constituição, os direitos fundamentais traduzem, pois, as concepções filosófico-

²⁸ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 46.

²⁹ QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo*, op. cit., p.48

jurídicas aceitas por uma determinada sociedade, em um certo momento histórico”³⁰.

Para buscar uma definição dos direitos fundamentais, observe-se a lição de Paulo Bonavides, que destaca acepção estrita, apontando que “são aqueles que o direito vigente qualifica como tais”, elucidando a definição, apresenta dois critérios para a caracterização dos direitos fundamentais, quais sejam: formal e material³¹.

Aponta assim, o referido autor, que, formalmente, os direitos fundamentais são aqueles especificados na Constituição, recebendo desta um grau elevado de garantia ou segurança, sendo, ou imutáveis, quando não se admitem modificações tendentes a suprimi-los ou minorá-los, nem mesmo mediante emenda constitucional, conferindo-lhes *status* de cláusula pétrea, ou de alteração bastante dificultada, possível apenas mediante emenda constitucional.

Materialmente, os direitos fundamentais diferem conforme os valores consagrados na Constituição, a forma do Estado e a ideologia predominante, o que implica que, cada Estado tem seus direitos fundamentais específicos.

Alexandre de Moraes apresenta definição dos direitos fundamentais como o “conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano, que

³⁰ BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 2ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 130.

³¹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 10ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 514-515

tem por finalidade básica o respeito à sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder”³².

Percebe-se, diante de tais definições, que os direitos fundamentais protegem, essencialmente, a dignidade da pessoa humana, que se projeta em tutela com relação ao Estado e com relação aos próprios semelhantes.

Suzana de Toledo Barros destaca, contudo, que os direitos fundamentais apresentam dupla dimensão: uma individual e outra institucional, revelando que o que se objetiva não é, tão somente, a proteção do titular do direito³³.

Logicamente, pela necessidade de coexistência dos direitos entre si, em qualquer ordenamento jurídico que se observe, é absolutamente inviável imaginar que ter-se-iam direitos ilimitados, absolutos, tal se dá também com os direitos fundamentais, daí ser praticamente inevitável o surgimento de restrições, contudo, estas deverão sempre ser reguladas por lei.

Observe-se que estas restrições, mesmo criadas por lei, não podem ser de tal magnitude que tornem o direito fundamental inócuo.

O direito ao silêncio, como direito fundamental, objetiva proteger o indivíduo contra excessos cometidos pelo Estado, na persecução penal, incluindo-se nele o resguardo contra violências físicas e morais, eventualmente empregadas

³² MORAES, Alexandre de. Direitos humanos fundamentais e a Constituição de 1988. In: *Os 10 anos da Constituição Federal*. São Paulo: Atlas, 1999. p. 66.

³³ BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. op. cit., p. 130

para compelir o indivíduo a cooperar na investigação e apuração de delitos, bem como métodos proibidos de interrogatório, sugestões e dissimulações.

Como direito fundamental, o direito ao silêncio está inserido entre os direitos de primeira geração, ou seja, entre os direitos da liberdade. O titular de tais direitos é o indivíduo diante do Estado.

Quanto aos chamados direitos de primeira geração, Paulo Bonavides salienta que estes se traduzem em direitos de resistência ou de oposição perante o Estado, inclusos entre as liberdades negativas, ou seja, por meio deles, assegura-se uma esfera de proteção e liberdade ao indivíduo que não deve sofrer violação por parte do Estado³⁴.

Há que se destacar, contudo, que, embora o direito ao silêncio esteja encartado entre os direitos de primeira geração, nos quais a ênfase é a proteção do indivíduo diante do Estado, há também interesse público em sua tutela. Isto porque o direito ao silêncio se insere no direito à ampla defesa e também na observância do devido processo legal e, conseqüentemente, repercute na legitimação da jurisdição.

³⁴ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. op. cit., p. 517.

2.2. O direito ao silêncio e o devido processo legal

Maria Elizabeth Queijo esclarece que a cláusula do devido processo legal tem origem no direito anglo-saxão, tendo surgido como importante limitação ao arbítrio das autoridades, remotamente, na *Magna Charta*, de João Sem Terra, outorgada aos barões ingleses em 1215, presente também na Constituição dos Estados Unidos da América, na quinta e décima quarta emendas, especificamente³⁵.

No campo doutrinário, define-se o devido processo legal como “conjunto de garantias constitucionais que, de um lado, asseguram às partes o exercício de suas faculdades e poderes processuais e, de outro, são indispensáveis ao correto exercício da jurisdição”³⁶.

Evidentemente, tais garantias não se destinam a resguardar apenas o interesse das partes como direitos públicos subjetivos, mas se qualificam como garantias que tutelam o próprio processo, legitimando o exercício da jurisdição.

No âmbito processual penal, Vicente Greco Filho afirma que a expressão “devido processo legal” pode ser entendida de dois modos, tanto significando o processo necessário, já que não é possível aplicar pena sem

³⁵ QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo*. op. cit., p.70

³⁶ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, DINAMARCO, Cândido Rangel e GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*. 11ed. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 82.

processo, quanto o processo adequado, naquele que se assegurou a igualdade das partes, o contraditório e a ampla defesa³⁷.

No conjunto de garantias que compõe o devido processo legal, podem ser enumeradas: a garantia do juiz natural, do contraditório, da ampla defesa, da igualdade processual, da publicidade, da motivação das decisões judiciais, da inadmissibilidade de provas obtidas por meios ilícitos.

Além destas, genéricas, algumas outras são específicas do processo penal: presunção de inocência, vedação de identificação dactiloscópica havendo identificação civil, prisão somente mediante ordem judicial ou em flagrante, direito à identificação dos responsáveis pela prisão, pelo interrogatório, direito de assistência da família e de advogado e também o direito ao silêncio.

Há, hoje, uma forte tendência de que a cláusula do devido processo legal, bem como as garantias dela decorrentes, seja consignada nos textos constitucionais. A Constituição de 1988 seguiu esta tendência, elencando, além da garantia do devido processo legal em si, todas as demais enumeradas.

Do quadro de garantias que compõe o devido processo legal, o direito ao silêncio insere-se como um dos princípios que assegura a legitimação da jurisdição, dentro de uma visão ética do processo penal.

Maria Elizabeth Queijo afirma que, ao encartar o direito ao silêncio no direito à ampla defesa e na presunção de inocência, tem-se, por via reflexa, o

³⁷ GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 54

reforço de “outras garantias essenciais para que a finalidade do processo seja atingida: no direito à integridade física e moral do acusado e na vedação de tortura e outros tratamentos desumanos e degradantes”³⁸.

O direito à integridade física e moral, assegurado constitucionalmente no art. 5º, XLIX, é entendido, por parte da doutrina, como direito que incide na execução penal³⁹, especialmente porque a dicção do texto constitucional faz alusão ao “preso”.

Entretanto, como ocorre com outros dispositivos do art. 5º, que igualmente consagram direitos e garantias fundamentais, o referido direito não se restringe apenas ao preso, nem incide apenas na fase de execução da pena. Como direito fundamental, ele tem incidência em toda a persecução penal, desde a investigação, aplicando-se, pois, ao acusado e não somente ao sentenciado.

Dessa forma, é imperioso vincular o direito expresso no art. 5º, XLIX, da Constituição Federal, ao direito ao silêncio, na medida em que não podem ser aplicadas, ao acusado, medidas atentatórias à sua integridade física e moral, incluindo-se as que têm por objetivo sua cooperação na persecução penal.

A tortura, como assinala Maria Elizabeth Queijo, é um desses meios por excelência, pelo qual se pretende obter, via de regra, a confissão⁴⁰.

³⁸ QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo*. op. cit., p.73

³⁹ TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 360.

⁴⁰ QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo*. Op. cit., p.73.

2.3. O direito ao silêncio e o direito à ampla defesa

O direito à ampla defesa, previsto no art. 5º, LV, da Constituição Federal, insere-se na cláusula do devido processo legal e entre os fatores legitimadores da jurisdição.

Dentre as garantias do processo penal, Vicente Greco Filho indica a ampla defesa como a mais importante, aquela “em torno da qual o processo gravita”, consistindo na oportunidade de o acusado contraditar a acusação, sendo que os atos processuais devem possibilitar sua eficiência⁴¹.

O direito à ampla defesa abrange a autodefesa e a defesa técnica.

A autodefesa, mesmo assegurada constitucionalmente, é tida como renunciável, podendo o acusado exercê-la ou não. A defesa técnica, por sua vez, é indisponível, devendo ser prestada por profissional legalmente habilitado, para ser plena e efetiva, assegurando o contraditório.

Dentre as oportunidades para o exercício da autodefesa, o interrogatório é, sem dúvida, o de maior relevância, sendo que, somente com o reconhecimento do direito ao silêncio, é que se valorizou a autodeterminação e a liberdade moral do acusado, para decidir se colabora ou não na persecução penal.

⁴¹ GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. Op. cit., p.63.

Quando a Constituição Federal assegura o direito ao silêncio, tal direito se insere na esfera da autodefesa, até porque, o silêncio pode representar, também, uma estratégia da defesa.

É de se observar, contudo, que o direito ao silêncio, uma vez ligado à autodefesa, não se esgota no direito de permanecer calado, sendo mais amplo, compreendendo o direito de não se auto-incriminar, abrangendo assim o direito de recusa em colaborar na produção de provas que possam importar em auto-incriminação.

2.4. O direito ao silêncio e a presunção de estado de inocência

O texto constitucional de 1988 adotou, de modo expresso, o princípio da presunção de estado de inocência, que é, também, um dos corolários do devido processo legal.

Sobre o significado técnico do aludido princípio, esclarece Rogério Lauria Tucci, que corresponde à não consideração prévia de culpabilidade, ou seja, ao direito de ser considerado inocente até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória⁴².

Logicamente, o princípio em foco apresenta diversos reflexos no âmbito do processo penal, em especial no tocante à prova e no tratamento do acusado.

⁴² TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. op. cit., p.401

No campo probatório, a consequência imediata da presunção de inocência é que o ônus da prova recaia exclusivamente sobre a acusação, sendo, portanto, sua incumbência demonstrar a culpabilidade do acusado. É no processo penal que se deve verificar os fatos imputados ao acusado e não as eventuais escusas que este ofereceu.

No tocante ao tratamento do acusado, no curso do processo, este deverá ser igual ao de qualquer outra pessoa, sem diminuição moral ou social perante os outros cidadãos, exatamente em razão da presunção de inocência.

Decorrencia lógica do princípio da presunção de inocência, é a necessidade de haver prova da culpabilidade, do contrário impõem-se a absolvição.

Extrai-se, destas considerações, que o direito ao silêncio, exercido pelo acusado como recusa em colaborar na persecução penal, não poderá ser interpretado desfavoravelmente a ele.

2.5. O direito ao silêncio nos diplomas internacionais

Vários diplomas que tratam de direitos fundamentais reproduzem o direito ao silêncio.

De modo especial, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, adotado pelas Nações Unidas em 1966, que em seu art. 14, 3, g, expressa que toda pessoa acusada de um crime tem direito de “não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada”.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, aprovada na Conferência de São José da Costa Rica, em 1969, reconheceu o direito ao silêncio entre as garantias mínimas a serem observadas em relação às pessoas acusadas de um delito, estabelecendo, no art. 8º, §2º, g, o “direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada”.

Estes dois diplomas foram ratificados pelo Brasil, no ano de 1992, respectivamente, pelos decretos legislativos 592 de 6 de julho e 678 de 6 de novembro, ambos daquele ano.

3 ASPECTOS PROCESSUAIS PENAIS DO DIREITO AO SILÊNCIO

No processo penal, a manifestação mais palpável do direito ao silêncio se dá no momento do interrogatório, mas não fica restrita a essa fase do processo e tampouco limitada à pessoa do acusado.

Quando imperava o modelo inquisitório, no qual as funções de acusar, defender e julgar se encontravam reunidas em um só órgão, a tendência era a busca de provas por meio do acusado, ou, ao menos, com a sua cooperação, o acusado em si era tido como objeto de prova. Isso implicava que o acusado era compelido, quando não mesmo obrigado, a participar da produção de provas.

Logicamente, no referido modelo, não se reconhecia o direito ao silêncio e o acusado era obrigado a falar, mesmo que para isso fosse necessário o emprego de força. A questão a ser resolvida era a descoberta da verdade, ainda que à custa de constrangimento, físico ou moral, do acusado.

Guilherme de Souza Nucci salienta que no sistema inquisitório há presunção de culpa do acusado, de moto que este era tido como o detentor de uma verdade absoluta, a ser revelada a todo custo. Sendo culpado, tinha pleno conhecimento da realidade ocorrida e a confissão passava a ser o melhor instrumento para alcançar a verdade real⁴³.

⁴³ NUCCI, Guilherme de Souza. *O valor da confissão como meio de prova no processo penal*. 2.ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 147.

Maria Elizabeth Queijo aponta que não se reconhecia ao acusado, neste período, de forma alguma, o direito ao silêncio. A regra é que ele deveria falar, mais ainda, deveria confessar. A confissão era tida como a mais convincente das provas⁴⁴.

Daí a necessidade de se analisar os aspectos processuais ligados ao interrogatório e aos meios de produção de prova.

3.1. O direito ao silêncio aplicado ao interrogatório do acusado.

Para que se possa avaliar as conseqüências da aplicação do direito ao silêncio ao interrogatório, mister se identifique a natureza jurídica deste momento processual.

Tradicionalmente, o interrogatório é havido como meio de prova ou como meio de defesa, dependendo do ordenamento jurídico que se considerar.

No modelo inquisitório, como apontado, o acusado é tido como objeto de prova, e o interrogatório, por sua vez, é entendido como meio de prova. Sendo meio de prova o acusado não pode deixar de responder, simplesmente não tem direito ao silêncio.

Quando o interrogatório assume a natureza jurídica de meio de defesa, vem à baila a faculdade que tem o acusado de responder às questões formuladas

⁴⁴ QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo*. op. cit, p.83.

ou não, decidindo de acordo com seu livre arbítrio. O interrogatório, nessa ótica, pode ser definido como “o instrumento pelo qual o acusado pode expor a sua versão dos fatos”. Sendo assim, tem o direito de silenciar⁴⁵.

Nessa perspectiva, a única consequência admissível ao silêncio do acusado, é a não apresentação da sua versão dos fatos, deixando ele de apresentar, neste momento processual, elementos em favor de sua defesa. Se o acusado opta por responder às indagações, adota uma postura ativa de autodefesa.

Logicamente, nada impede que o acusado acabe por confessar a prática do ato que se lhe imputa, quer no todo ou em parte.

A confissão pode ser conceituada como “reconhecimento feito pelo imputado da própria responsabilidade”⁴⁶, ou mesmo pela “declaração pela qual alguém admite ser autor de crime”⁴⁷. Insta observar, contudo, que, nos casos em que a infração deixar vestígios a confissão do acusado não poderá dispensar o exame do corpo de delito, à luz do art. 158 do diploma processual penal.

De modo bastante aprofundado, Guilherme de Souza Nucci esclarece que, no âmbito do processo penal, confessar é “admitir contra si, por quem seja suspeito ou acusado de um crime, tendo pleno discernimento, voluntária, expressa

⁴⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance e GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *As nulidades do processo penal*. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 1995, p.72

⁴⁶ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 20.ed. São Paulo: Saraiva, 1998, v.3, p.282.

⁴⁷ TORNAGHI, Hélio. *Curso de processo penal*. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 1990, v.1, p.378.

e pessoalmente, diante da autoridade competente, em ato solene e público, reduzido a termo, a prática de algum fato criminoso”⁴⁸.

Saliente-se que a doutrina aponta, à unanimidade, que a confissão, como manifestação da vontade, pressupõe a capacidade da pessoa que confessa.

Contudo, como aponta Maria Elizabeth Queijo, a confissão, modernamente, deixou de ser considerada “a rainha das provas”, devendo sempre ser valorada em conjunto com as demais provas produzidas. No direito brasileiro é o que decorre do art. 197 do código de processo penal⁴⁹.

No diploma processual penal brasileiro, a confissão figura entre os meios de prova, contudo, a doutrina não aborda, especificamente, a questão da natureza jurídica da confissão. Afirma-se que esta é meio de prova, elemento de prova ou a própria prova.

Para distinguir estes conceitos, a doutrina nacional leciona que “diferenciam-se a fonte da prova, que são os fatos; os meios de prova, que são os instrumentos pelos quais os fatos se fixam em juízo e o objeto da prova, que é o fato a ser provado”⁵⁰.

Fernando da Costa Tourinho Filho ensina que objeto da prova são os fatos; fonte de prova é “tudo quanto possa ministrar indicações úteis, cujas

⁴⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. *O valor da confissão como meio de prova no processo penal*. op. cit., p.80

⁴⁹ QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo*. op. cit., p.90.

⁵⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini, FERNANDES, Antonio Scarance e GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *As nulidades do processo penal*. op. cit p.105.

comprovações sejam necessárias” e meio de prova é “tudo quanto possa servir, direta ou indiretamente, à comprovação da verdade que se procura no processo”

51.

Portanto, a confissão é meio de prova, trata-se de instrumento para fixação dos fatos em juízo, fornecendo elementos para o convencimento do julgador, de modo mais específico, sobre a existência do fato, sua autoria e circunstâncias nas quais se verificou. Tanto quanto os outros meios de prova, deve ser valorada no conjunto probatório.

Maria Elizabeth Queijo destaca que a natureza da confissão não deve ser confundida com a do interrogatório, este é meio de defesa e fonte de prova, sendo que, excepcionalmente, no decorrer do interrogatório, pode ocorrer a confissão, que é meio de prova⁵².

⁵¹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 20.ed. op. cit, p. 222-223.

⁵² QUEIJO, Maria Elizabeth. O direito de não produzir prova contra si mesmo. op. cit, p.94.

3.2 O interrogatório no Direito Processual Penal Brasileiro

3.2.1 Legislação anterior ao Código de Processo Penal em vigor

Maria Elizabeth Queijo noticia que os antigos códigos penais e as leis das unidades da Federação cuidaram do interrogatório como meio de defesa, embora não reconhecessem o direito ao silêncio ao acusado⁵³.

Inspirado nos princípios liberais, influenciado, de modo especial, pela França e Inglaterra, o Código de Processo Criminal do Império, de 1832, regulou o interrogatório no art. 98, com a seguinte dicção:

O juiz mandará ler ao réo todas as peças comprobatórias do seu crime e lhe fará o interrogatório pela maneira seguinte: Parágrafo 1º Qual o seu nome, naturalidade, residencia e tempo della no lugar designado? Parágrafo 2º Quaes os seus meios de vida e profissão? Parágrafo 3º Onde estava ao tempo em que se diz aconteceu o crime? Parágrafo 4º Si conhece as pessoas que juraram contra elle e desde que tempo? Parágrafo 5º Si tem algum motivo particular a que attribua a queixa ou denúncia? Parágrafo 6º Si tem factos a allegar ou provas que o justifiquem ou mostrem a sua innocencia?

Como as perguntas tendiam a solicitar ao acusado as provas de sua inocência, ou as provas de que sua ação era justificada, foi considerado como ato

⁵³ QUEIJO, Maria Elizabeth. O direito de não produzir prova contra si mesmo. op. cit, p.100.

de defesa. Contudo, o diploma em questão não tratou da hipótese de o acusado silenciar no interrogatório.

As alterações seguintes ao Código de Processo Criminal do Império, a Lei n.261, de 3 de dezembro de 1841, e o Regulamento n.120, de 31 de janeiro de 1842, não o modificaram quanto a essa disciplina.

A Lei n. 2.033 de 20 de setembro e o Decreto n. 4.824, de 22 de novembro, ambos de 1871, transferiram para os juizes municipais a atribuição de formação da culpa, mas consideraram interrogatório como “ato de defesa”. O Decreto citado, permitia ao acusado juntar documentos e justificações processadas em outro juízo, bem como requerer prazo para tais providências.

Maria Elizabeth Queijo afirma que essa tendência de considerar o interrogatório como meio de defesa, foi reforçada também pela exposição de motivos que precedeu o Decreto n. 848, de 11 de outubro de 1890, que organizou a justiça federal, que trazia, textualmente⁵⁴:

No systema adoptado para os processos criminaes, quer se trate da formação da culpa, quer se trate do julgamento, o accusado tem o direito de responder laconicamente, sim ou não, e o juiz tem o dever de respeitar o seu laconismo. É a installação definitiva do regimen estabelecido pelas praticas dos tribunaes inglezes e americanos: ahi está consagrado na sua maior pureza o princípio da inviolabilidade do direito de defeza.

⁵⁴ QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo*. op. cit, p.101

Novamente, não havia previsão legal que garantisse ao acusado o direito ao silêncio.

3.2.2 O interrogatório no Código de Processo Penal em vigor, antes da Lei 10.792/2003

Os dispositivos que tratam do interrogatório do acusado encontram-se no Capítulo III do Título VII – Da Prova, no atual Código de Processo Penal, que é de 1941.

Esclarece a doutrina que, consoante a sistemática de 1941, o interrogatório era tido como meio de prova, anteriormente ao texto constitucional de 1988⁵⁵.

O interrogatório, do modo como está regulado no diploma processual penal, é ato obrigatório, desde que presente o acusado. Nessa esteira, o art. 260 do código processual penal prevê, inclusive, a condução coercitiva do acusado que não atender à intimação para o interrogatório.

Embora pudesse ser conduzido contra a vontade, para a realização do interrogatório, o acusado não estava obrigado a colaborar na sua realização, não estava obrigado a dizer a verdade e nem precisava responder às indagações,

⁵⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini, FERNANDES, Antonio Scarance e GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *As nulidades do processo penal*. op. cit., p.72.

porém, diante da advertência consignada no art. 186 do referido código, que apontava conseqüências prejudiciais à defesa, não se poderia afirmar que havia efetiva tutela do direito ao silêncio.

Da leitura dos arts. 185 a 188 do diploma processual penal, identificam-se duas partes no interrogatório, a saber, a qualificação e o interrogatório de mérito.

Enquanto a qualificação abrange o fornecimento de dados de identificação por parte do acusado, tais como: nome, naturalidade, estado civil, idade, filiação, residência, meios de vida ou profissão, vida pregressa etc. o interrogatório de mérito diz respeito às indagações sobre o fato imputado ao acusado. É de se ressaltar que o art. 188 do código trazia o elenco de perguntas que deveriam ser formuladas ao acusado.

As perguntas enumeradas no antigo art. 188 citado, obedeciam a uma ordem que a doutrina denomina “centrípeta”, porque inicia com perguntas periféricas para chegar às perguntas centrais sobre o fato. A ordem das perguntas, contudo, não é obrigatória⁵⁶.

O art. 186 da lei processual penal, antes da modificação perpetrada pela lei 10.792/2003, cuidava da advertência que deveria ser feita pela autoridade, antes do interrogatório, nos seguintes termos: “Antes de iniciar o interrogatório, o juiz observará ao réu que, embora não esteja obrigado a responder às perguntas

⁵⁶ GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. op. cit., p.202.

que lhe forem formuladas, o seu silêncio poderá ser interpretado em prejuízo da própria defesa”.

Como apontado, o acusado poderia silenciar, mas esse silêncio poderia ser interpretado de forma desfavorável à sua defesa, este dispositivo legal era complementado pelo art. 198 do diploma processual penal que estabelece que o silêncio não importaria confissão.

Além disso, determinava o art. 191, do mesmo diploma, que as perguntas não respondidas pelo acusado deveriam ser consignadas, assim como as razões pelas quais deixou de respondê-las.

Assim, não se poderia afirmar que o Código de Processo Penal, de 1941, reconhecia o direito ao silêncio, o acusado apenas não era compelido a responder às indagações formuladas no interrogatório, entretanto, do silêncio poderiam advir conseqüências em seu desfavor.

3.2.3 O interrogatório e a disciplina da Constituição Federal de 1988

O texto constitucional de 1988 estabeleceu, no art. 5º, LXIII: “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”.

O dispositivo constitucional apontado estabelece o direito ao silêncio e, mais ainda, assegura a assistência de advogado, o que deverá ser respeitado por ocasião do interrogatório, no inquérito e em juízo.

Ressalte-se que, ao fazer menção ao acusado preso, o referido dispositivo determina que este será informado de seus direitos no momento da prisão, antes do interrogatório. O entendimento predominante⁵⁷ é de que a garantia constitucional do acusado de permanecer calado tem início no momento de sua prisão e não na lavratura do auto de prisão em flagrante, aplicando-se as garantias do art. 5º, LXIII mesmo fora e antes do interrogatório⁵⁸.

Além disso, a melhor interpretação do texto constitucional aponta que o aludido dispositivo tem aplicação não só ao acusado preso, como também ao que está em liberdade⁵⁹. A esse respeito, observa Paulo Rangel que “não obstante a Constituição referir-se a ‘preso’, entenda-se que toda e qualquer pessoa acusada formalmente de delito, ou investigada, tem o direito de permanecer calada, esteja presa ou solta”⁶⁰.

Assim, o direito ao silêncio estende-se a qualquer pessoa, em razão do princípio da presunção da inocência, do qual decorre que incumbe exclusivamente à acusação produzir provas de culpabilidade.

⁵⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini, FERNANDES, Antonio Scarance e GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *As nulidades do processo penal*. op. cit., p. 73.

⁵⁸ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. Op. cit., p. 272.

⁵⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini, FERNANDES, Antonio Scarance e GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *As nulidades do processo penal*. op. cit., p.73.

⁶⁰ RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 6.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002, p.786.

Maria Elizabeth Queijo elucida que “o texto constitucional refere-se especificamente ao acusado preso não para excluir a tutela ao acusado em liberdade, mas porque é nessa condição que o indivíduo se encontra mais vulnerável”⁶¹.

Como salientado, foi com o advento da Constituição de 1988 que se reconheceu, no direito pátrio, o direito ao silêncio, com a aclamação do direito do acusado de permanecer calado entre os direitos e garantias fundamentais, sem lugar para a advertência quanto ao prejuízo para a defesa em decorrência do silêncio.

Destarte, o antigo art. 186 do Código de Processo Penal não poderia continuar vigendo, à luz da nova Constituição, sendo considerado por parte doutrina como revogado e, por outra parte, como não recepcionado pela ordem constitucional vigente.

Considerando que a Lei Maior formalmente admitiu o silêncio do acusado como direito, logicamente o seu exercício nada mais é que o exercício de um direito, ou seja, nenhuma consequência negativa poderá advir desta conduta, como aponta Maria Elizabeth Queijo, “tampouco poderá a autoridade fazer qualquer advertência ameaçadora, mesmo que veladamente, quanto ao exercício do direito ao silêncio”⁶².

⁶¹ QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo*. op. cit., p.106.

⁶² Idem, *ibidem*. p.109.

Igualmente, a antiga dicção do art. 191 do diploma processual penal não se coadunava com o direito ao silêncio. A consignação das perguntas que o acusado não respondeu, bem como as razões por ele invocadas para fazê-lo, não se compatibilizavam com a proteção constitucional.

A esse respeito, Guilherme de Souza Nucci esclarece que o antigo art. 191 da lei processual penal deveria ser interpretado com parcimônia, isto é, se o acusado invocasse o direito ao silêncio, o magistrado poderia até indagar quais as razões que motivaram tal invocação, mas, assevera que⁶³:

“Há de existir cautela por parte do juiz, pois, se o réu invocar o direito de ficar totalmente calado, não poderá o magistrado ficar fazendo perguntas, uma após outra, consignando-as todas como se o interrogado estivesse cometendo uma irregularidade ao negar-lhe as respostas. Não deixa de ser uma forma de pressão ficar perguntando e registrando as indagações que o acusado já disse não ter intenção de responder”.

Como não se pode extrair do exercício do direito ao silêncio qualquer consequência prejudicial à defesa, inútil a consignação das perguntas não respondidas e das razões argüidas pelo acusado, a menos que se pretenda, veladamente, admitir que seu silêncio continua a ter reflexos sobre o convencimento do julgador, o que viola frontalmente o texto constitucional, em seu art. 5º, LXIII.

⁶³ NUCCI, Guilherme de Souza. *O valor da confissão como meio de prova no processo penal*. op. cit., p.172.

3.2.4 O interrogatório no Código de Processo Penal em vigor, após a Lei 10.792/2003

Em 1º de dezembro de 2003, veio a lume a Lei 10.792, que estabeleceu diversas alterações no capítulo do Código de Processo Penal que disciplina o interrogatório do acusado, sendo de se ressaltar a nova redação do art. 186 do diploma em comento, que traz agora, formalmente, o reconhecimento do direito ao silêncio, da seguinte maneira:

Art. 186. 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.

Parágrafo único. O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa.

Do mesmo modo, a inclusão do parágrafo segundo, no art. 185, da Lei processual penal, com a garantia de que “antes da realização do interrogatório, o juiz assegurará o direito de entrevista reservada do acusado com seu defensor”, traz importante contribuição à garantia constitucional do direito ao silêncio, que estabelece, no mesmo art. 5º, LXIII, que o acusado tem o direito à assistência de um advogado, já que, considerando que o direito ao silêncio é uma forma de defesa, mister que se permita ao acusado valer-se de auxílio técnico para decidir se responderá ou não as indagações formuladas no interrogatório.

Para avaliar a importância e profundidade da inclusão do citado parágrafo ao art. 185 do diploma processual penal, convém transcrever a lição de Paulo Rangel, textualmente⁶⁴:

Em uma visão garantista do processo penal, entendemos que, não obstante o interrogatório ser ato privativo do juiz, sem intervenção das partes, o Ministério Público deve estar presente ao ato, a fim de evitar ofensa aos direitos e garantias individuais, defendendo a ordem jurídica e protegendo o réu das possíveis investidas inquisidoras do juiz. Ou exigindo respeito às regras básicas para o desenvolvimento de um processo penal justo. O réu não pode ser interrogado sem a presença do exercício da defesa técnica, ou seja, antes de ser interrogado deve entrevistar-se com seu defensor, a fim de ser orientado quanto ao seu depoimento, sendo indispensável ao ato a presença do mesmo. Não se trata de intervenção da defesa, mas sim de orientação, prévia, ao réu, de como comportar-se diante dos fatos que lhe são imputados pelo Ministério Público e que serão perguntados pelo juiz. Interrogatório realizado sem que antes o acusado tenha se entrevistado com a defesa técnica é interrogatório inquisidor, realizado por juiz inspirado pela época em que o Código foi feito, na Era Vargas, durante a ditadura.

Complementa o autor:

É comum a praxe, pelo menos no Estado do Rio de Janeiro, do juiz interrogar o réu e, depois do interrogatório, perguntar se ele tem advogado. Se tem, não estava presente ao ato e o juiz irá intimá-lo para ofertar a defesa prévia. Se não tem, o juiz nomeia-lhe Defensor Público e o encaminha ao Defensor para que seja orientado. Tudo na contra mão de direção do Estado Democrático de Direito.

Logicamente, todas estas alterações foram efetuadas para compatibilizar a disciplina do interrogatório no Código de Processo Civil, com a disposição constitucional estampada no art. 5º, LXIII, já que havia uma antinomia evidente entre os dois diplomas e, obviamente, não se poderia sequer supor que a lei processual penal viesse a sobrepujar a Constituição Federal.

⁶⁴ RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. op. cit., p.431.

3.2.5 O interrogatório na legislação processual esparsa

O Código de Processo Penal Militar, Decreto-lei 1.002 de 21 de outubro de 1969, segue a mesma orientação trazida pelo Código de Processo Penal anteriormente à modificação efetuada pela Lei 10.792/2003.

No diploma processual penal militar, a matéria é disciplinada nos arts. 302 e seguintes, sendo prevista a advertência ao acusado de que não está obrigado a responder, mas que seu silêncio poderá ser interpretado em prejuízo da defesa, bem com a consignação das perguntas não respondidas e das razões para tal comportamento. Cabe ressaltar o art. 308, que estabelece que o silêncio não configura confissão, mas poderá constituir elemento para o convencimento do juiz.

Buscando o foco na legislação esparsa, merece atenção a disciplina do interrogatório na Lei de Imprensa, Lei 5.250 de 09 de fevereiro de 1967, que estabelece, no art. 45, III, diferentemente da regulamentação comum, que o interrogatório deverá ser requerido pelo acusado. Caso não haja requerimento do acusado, tal ato não será realizado.

Portanto, na Lei de Imprensa, o interrogatório assume a feição exclusiva de direito do acusado, cabendo a este decidir se deseja a sua realização.

Sendo direito exclusivo do acusado, o interrogatório é claramente delineado como meio de defesa, não só porque cabe ao acusado o direito ao silêncio, como também porque caberá a ele decidir se exerce ou não o direito à autodefesa.

Evidentemente, se o acusado requerer sua realização, não haverá sentido em exercer o direito ao silêncio em relação a todas as perguntas formuladas, mas poderá, tranqüilamente, deixar de responder àquelas que entender poderão conduzi-lo à auto-incriminação.

Importa salientar que o Código Eleitoral, Lei 4.737 de 15 de julho de 1965, a par de trazer disposições de ordem criminal, disciplina o procedimento a ser adotado na apuração de crimes eleitorais. Neste diploma legal não foi prevista, de modo expresso, a realização do interrogatório.

A esse respeito, Joel J. Cândido assevera que o referido ato somente será realizado se requerido pela defesa, na contestação, a qual, segundo o art. 359, do código em comento, deverá ser apresentada no prazo de dez dias após o recebimento da denúncia⁶⁵.

Sob essa ótica, o interrogatório, na apuração de crimes eleitorais, também adquire feições de direito da defesa, nos moldes do preconizado na Lei de Imprensa.

⁶⁵ CÂNDIDO, Joel J. *Direito eleitoral brasileiro*. 7.ed. Bauru: Edipro, 1998, p.354-355.

Outra legislação que merece ser citada, no que diz respeito ao interrogatório, é a Lei dos Juizados Especiais, Lei 9.099 de 18 de maio de 1995.

No procedimento por ela regulado, no que tange aos Juizados Especiais Criminais, o interrogatório é o último ato da instrução, realizando-se após a oitiva das testemunhas de acusação e de defesa.

Segundo Antônio Scarance Fernandes, essa orientação tem razão de ser, porque não há instauração de inquérito para apuração das infrações penais sujeitas aos Juizados Especiais Criminais. Sendo assim, o acusado desconhece o teor dos depoimentos das testemunhas de acusação. Por esse motivo, o interrogatório acontece após a oitiva das testemunhas, para tutelar, de modo eficaz, o direito à ampla defesa⁶⁶.

3.2.6 Advertência quanto ao direito ao silêncio

Maria Elizabeth Queijo faz interessante observação, de que “de pouca ou nenhuma valia seria a previsão do direito ao silêncio para o acusado se não houvesse o correspondente dever da autoridade de informá-lo acerca desse direito de defesa e de sua extensão”, efetivamente, se não for levado ao conhecimento do

⁶⁶ FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo penal constitucional*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 269.

acusado de que ele possui o direito de se calar, de não responder as indagações que lhe são feitas, estaríamos diante de uma garantia jurídica sem efetividade⁶⁷.

É de se considerar que, efetivamente, ocorrendo o desconhecimento do acusado com relação aos seus direitos, tal fato é suprido pela defesa técnica, que é, ressalte-se, obrigatória. Contudo, e aí reside grande parte do problema, em vários atos o acusado não conta, obrigatoriamente, com a assistência de um defensor. Tal situação é bastante comum no interrogatório realizado pelos órgãos de polícia.

Theodomiro Dias Neto afirma que a advertência expressa “o intuito do legislador em evitar uma auto-incriminação involuntária, em virtude de desconhecimento da lei”, daí, a função principal de se advertir o acusado quanto ao seu direito de permanecer silente, a extensão deste direito e as conseqüências do seu exercício⁶⁸.

Quanto ao momento de se advertir o acusado, a rigor, deveria ser aquele primeiro momento da prisão do suspeito, para que tome ciência de seus direitos, dentre os quais o de não se auto-incriminar, esse, a propósito, o entendimento da doutrina⁶⁹, sendo de ressaltar que, para alguns autores⁷⁰, mesmo que o indivíduo detido não venha a ser interrogado “de pronto”, imediatamente, a referida

⁶⁷ QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo*. op. cit., p.205.

⁶⁸ DIAS NETO, Theodomiro. O direito ao silêncio: tratamento nos direitos alemão e norte-americano. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 19, p. 179-204, jul./set. 1997, p. 190.

⁶⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini, FERNANDES, Antonio Scarance e GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *As nulidades do processo penal*. op. cit., p.73.

⁷⁰ QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo*. op. cit., p. 207.

advertência deverá ser formulada desde logo, do mesmo modo, evitando a tomada de declarações com violação ao direito ao silêncio e, também, preservando a autodeterminação da pessoa.

José Geraldo da Silva aponta que o interrogatório feito na fase policial segue as mesmas normas e formalidades prescritas para o interrogatório na fase judicial, e que uma destas formalidades que se exigem é que, antes de se iniciar o interrogatório, a autoridade deverá declinar ao indiciado o direito que este tem de permanecer calado⁷¹.

A informação de que o preso tem o direito de permanecer em silêncio faz parte da chamada “enunciação dos direitos do preso”, sendo que esta, nos dizeres de Alexandre de Moraes compreende também⁷²:

O direito de saber os motivos de sua prisão, qual a identificação das autoridades ou agentes da autoridade policial que estão efetuando sua privação de liberdade, para que possam ser responsabilizados por eventuais ilegalidades e abusos, além de poder contatar sua família e, eventualmente, seu advogado, indicando o local para onde está sendo levado.

Rogério Lauria Tucci aponta que estes direitos⁷³:

⁷¹ SILVA, José Geraldo. *O inquérito policial e a polícia judiciária*. 1. ed. Campinas: Bookseller, 2000, p.207-208.

⁷² MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p.400.

⁷³ TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1993, p.398.

devem ser informados ao preso, ou ao indiciado, no momento da prisão ou do interrogatório, pela autoridade encarregada da investigação criminal..

Essa explicitação, ademais, deve ser efetiva, vale dizer concreta; e completa, ou seja, abrangente das três concessões constitucionais, a saber: a) direito de permanecer calado; b) direito à assistência da família; e c) direito à assistência de advogado.

A advertência não é apenas quanto ao direito de permanecer calado, mas também de que o exercício do direito ao silêncio não é passível de trazer prejuízo ao acusado, e, mais ainda, a presença do advogado não desobriga a autoridade que vai realizar o interrogatório de informar o acusado, de modo adequado, quanto ao direito ao silêncio.

A ausência de advertência do suspeito ou acusado, longe de se configurar mera irregularidade, ou vício sanável no tocante à instrução criminal ou na fase de inquérito policial, gera verdadeira nulidade, insanável, com pesadas conseqüências para o processo criminal.

Para assegurar o respeito ao direito ao silêncio do acusado no interrogatório, Maria Elizabeth Queijo aponta que deve haver a demonstração, pela autoridade policial, de que o acusado foi cientificado de seus direitos, antes de responder às indagações. Informa ainda a autora em questão, que solução interessante foi adotada pelo legislador português, que estabelece a obrigatoriedade de entrega ao argüido, por escrito, do rol dos seus direitos e

deveres e, na ausência da ciência do inquirido no referido documento, as declarações porventura prestadas por ele não poderão ser utilizadas⁷⁴.

O descumprimento da obrigação legal de advertir o acusado ou suspeito, como não poderia deixar de ser, gera nulidade no campo do processo penal. A esse respeito, Osório Silva Barbosa Sobrinho aponta que, desrespeitado o ditame constitucional, as informações obtidas a partir do interrogatório do acusado devem ser desconsideradas, bem como as provas derivadas diretamente destas informações, numa aplicação clara da doutrina dos “frutos da árvore envenenada”. Aduz o autor mencionado, que este é o entendimento do Supremo Tribunal Federal e aponta julgado que ajuda a esclarecer a situação, valendo a transcrição da ementa⁷⁵:

EMENTA: Informação do direito ao silêncio (Const., art. 5º LXIII): relevância, momento de exigibilidade, conseqüências da omissão: elisão, no caso, pelo comportamento processual do acusado.

I. O direito à informação da faculdade de manter-se silente ganhou dignidade constitucional, porque instrumento insubstituível da eficácia real da vetusta garantia contra a auto-incriminação que a persistência planetária dos abusos policiais não deixa perder atualidade.

II. Em princípio, ao invés de constituir desprezível irregularidade, a omissão do dever de informação ao preso dos seus direitos, no momento adequado, gera efetivamente a nulidade e impõe a desconsideração de todas as informações incriminatórias dele anteriormente obtidas, assim como das provas delas derivadas.

III. Mas, em matéria de direito ao silêncio e à informação oportuna dele, a apuração do gravame há de fazer-se a partir do comportamento do réu e da orientação de sua defesa no processo: o direito à informação oportuna da faculdade de permanecer calado visa a assegurar ao acusado a livre opção entre o silêncio – que faz recair sobre a acusação

⁷⁴ QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo*. op. cit., p.209.

⁷⁵ BARBOSA SOBRINHO, Osório Silva. *A Constituição federal vista pelo STF*. 3. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira. 2001, p. 230.

todo o ônus da prova do crime e de sua responsabilidade – e a intervenção ativa, quando oferece versão dos fatos e se propõe a prová-la: a opção pela intervenção ativa implica abdicação do direito a manter-se calado e das consequências da falta de informação oportuna a respeito⁷⁶.

Insta observar, contudo, que o Supremo entendeu cabível a renúncia ao direito ao silêncio, mesmo no caso da falta de advertência.

Portanto, resta claro que, imprescindível, se faça a correta advertência, aos acusados e suspeitos, quanto ao seu direito constitucional de permanecer calados, não suportando quaisquer prejuízos por esta conduta, salientando-se que esta advertência deverá ser renovada ao início de todos os interrogatórios.

3.2.7 Extensão do direito ao silêncio

Sendo o direito ao silêncio decorrência do princípio de que ninguém pode ser obrigado a se auto-incriminar, é de se observar que todo aquele que possa, de algum modo, por meio de declarações prestadas perante autoridade, assumir a autoria ou participação em fato delituoso, tem o direito de se calar.

Portanto, não se pode restringir o direito ao silêncio somente ao indiciado ou o acusado, e apenas em sede de processo criminal, mas sim, estendê-

⁷⁶ *HABEAS CORPUS* N. 78.708-SP, Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Informativo STF n. 145 – DJ de 16.04.1999.

lo ao averiguado, suspeito ou investigado, seja em que situação for e, mais ainda, às testemunhas.

Convém observar que, efetivamente, em relação às testemunhas não há que se falar em direito ao silêncio de modo absoluto, até porque, a princípio, cumpre ao indivíduo arrolado como testemunha em um processo, o dever de colaborar com a justiça e dizer a verdade, podendo ser acusado de falso testemunho, tanto assim que deixa ele de ser testemunha desse ou daquele sujeito processual e passa a ser testemunha do juízo.

Em relação às testemunhas, portanto, não há o dever de advertência quanto ao direito ao silêncio, ao contrário, estas têm, por regra, o dever de responder às perguntas de acordo com a verdade, não estando, a autoridade que toma seus depoimentos, obrigada a informá-las de que teriam direito de não responder perguntas que poderiam incriminá-las.

Como aponta Maria Elizabeth Queijo, somente por exceção é que a testemunha está desobrigada de responder às perguntas formuladas, porém, aduz, que a autoridade “antes de tomar o depoimento da testemunha, ao adverti-la das penas do falso, deveria também informá-la quanto ao direito que tem de não responder às perguntas cujas respostas possam incriminá-la⁷⁷”.

⁷⁷ QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo*. op. cit., p.210.

Assim, imperioso que o direito ao silêncio seja respeitado em todos os interrogatórios, seja a cargo da polícia ou do poder Judiciário, mesmo que em algum deles tenha o indivíduo respondido às indagações.

Embora o texto constitucional faça referência ao direito ao silêncio como um direito do preso, não se pode perder de vista que se trata de direito fundamental, portanto, não existe razão para se fazer distinção entre o acusado preso e o que se encontra em liberdade.

Na realidade, como corretamente observa Maria Elizabeth Queijo, as legislações regulam com mais rigor a observância dos direitos do preso, aí incluído o direito ao silêncio, do que o fazem em relação aos direitos do indivíduo em liberdade, pela maior vulnerabilidade a que o indivíduo preso se encontra exposto. Infelizmente, não raro, é nessa fase das investigações que ocorrem abusos físicos e morais⁷⁸.

Há objeções apresentadas em relação ao reconhecimento do direito ao silêncio nos interrogatórios policiais, indicando que se estaria perdendo importante oportunidade para apurar e conhecer elementos relacionados ao delito, prejudicando a apuração da verdade, bem como as investigações subseqüentes.

A esse respeito, cabe transcrever a lição de Maria Elizabeth Queijo⁷⁹:

Referida objeção traz à tona a questão atinente à opção do processo penal entre a prevalência do interesse social na eficiência da persecução

⁷⁸ QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo*. op. cit., p.199.

⁷⁹ Idem, *ibidem*, p.196.

penal e do mito da verdade material sobre a tutela da dignidade e liberdade do indivíduo, que não deixa de ser também de interesse público. Trata-se, em resumo, da escolha do legislador entre um processo ético, ditado por regras de respeito à pessoa e repulsa às arbitrariedades estatais, e um processo que busca a verdade a qualquer custo, inserido no modelo inquisitorial.

Efetivamente, considerando que o direito ao silêncio figura como direito fundamental, deve-se observar sua incidência em todos os atos praticados pelo indivíduo, em que haja declarações suas capazes de conduzi-lo à auto-incriminação, sejam estas declarações prestadas em sindicâncias e processos administrativos, realizados por entes de qualquer dos Poderes do Estado.

Em relação às declarações prestadas perante as Comissões Parlamentares de Inquérito, seja na condição de suspeito, indiciado ou testemunha, o entendimento é de que há incidência do direito ao silêncio.

O Poder Legislativo, no exercício de uma de suas funções típicas, consistente no controle parlamentar, o faz por meio de fiscalização. Este controle pode ser classificado em político-administrativo e financeiro-orçamentário. Pelo primeiro controle, o Legislativo poderá questionar os atos do Poder Executivo, tendo acesso ao funcionamento de sua máquina burocrática, a fim de analisar a gestão da coisa pública e, conseqüentemente, tomar as medidas que entenda necessárias.

O texto constitucional, que ao dispor sobre a criação de comissões parlamentares de inquérito, (art. 58, § 3º, CF) esclarece que terão poderes de

investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas, e 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 promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores.

Portanto, resta claro que o poder instrutório das comissões parlamentares de inquérito não é maior do que aqueles próprios das autoridades judiciais, sendo de se opor às comissões as mesmas limitações que se opõe às autoridades judiciárias.

A esse respeito, inclusive, já se manifestou o pleno do Supremo Tribunal Federal, em sede de *Habeas Corpus*, cujo julgado vale a transcrição:

EMENTA: CPI: *nemo tenetur se detegere*: direito ao silêncio. Se, conforme o art. 58, § 3º, da Constituição, as comissões parlamentares de inquérito, detêm o poder instrutório das autoridades judiciais - e não maior que o dessas - a elas se poderão opor os mesmos limites formais e substanciais oponíveis aos juízes, dentre os quais os derivados das garantias constitucionais contra a auto-incriminação, que tem sua manifestação mais eloqüente no direito ao silêncio dos acusados. 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 se estende a qualquer indagação por autoridade pública de cuja resposta possa advir à imputação ao declarante da prática de crime, ainda que em procedimento e foro diversos. Se o objeto da CPI é mais amplo do que os fatos em relação aos quais o cidadão intimado a depor tem sido objeto de suspeitas, do direito ao silêncio não decorre o de recusar-se de logo a depor, mas sim o de não responder às perguntas cujas repostas entenda possam vir a incriminá-

lo: liminar deferida para que, comparecendo à CPI, nesses termos, possa o paciente exercê-lo, sem novamente ser preso ou ameaçado de prisão⁸⁰.

Finalmente, cumpre analisar a aplicabilidade do direito ao silêncio em relação à pessoa jurídica, submetida a processo penal.

A Lei Ambiental nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, prevê, em seu art. 3º, a responsabilidade penal da pessoa jurídica, sem contudo trazer qualquer norma processual ou procedimental específica. Entretanto, a falta de tratamento não acarreta prejuízos ou dificuldades maiores à aplicação do disposto nesta lei, até porque, o próprio texto legal em questão, determina, em seu art. 79, que se aplicam subsidiariamente as disposições do Código Penal e do Código de Processo Penal.

Ada Pellegrini Grinover, inclusive, aponta que, para solucionar as questões atinentes à representação em juízo, competência, processo e o procedimento, os atos de comunicação processual, interrogatório e outros, basta que se proceda à integração da norma⁸¹.

Com efeito, leciona a autora, quanto à representação em juízo da pessoa jurídica, tal situação é regulada pelo art. 12, VI e VIII do Código de Processo Civil, quer seja a pessoa jurídica nacional ou estrangeira.

⁸⁰ HC 79244/DF - Relator: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE Julgamento: 23/02/2000 Tribunal Pleno. Publicação: DJ DATA-24-03-2000

⁸¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. Aspectos processuais da responsabilidade penal da pessoa jurídica, In: *Temas atuais de direito criminal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, v. 2, p. 46.

Continua apontando que, como a Lei Ambiental não estabelece regras procedimentais específicas para a pessoa jurídica, se aplicará normalmente o Código de Processo Penal e a Lei 9.099/95, conforme o caso, com a citação seguindo as regras do diploma processual penal⁸².

Esclarece ainda que “todas as garantias processuais se aplicam à pessoa jurídica. Mas talvez valha a pena destacar que ela também, enquanto ré, goza da garantia do direito ao silêncio”⁸³.

Complementa, afirmando que, efetivamente, é o interrogatório que se encontra estritamente ligado ao direito ao silêncio, porém, por óbvio, somente pode ser interrogado sobre fatos aquele que conhece esses fatos.

Diante disto, muitas vezes, não teria sentido interrogar sobre os fatos que se deseja apurar, o representante judicial da empresa, muitas vezes distante dos fatos, o que comprometeria a autodefesa. Dessa forma, quer sob a ótica dos esclarecimentos que o réu pode fornecer ao juízo, quer sob a ótica da autodefesa, “a pessoa a ser interrogada há de ser a pessoa que possa estar tão próxima dos fatos quanto convém”⁸⁴.

Ada Pellegrini Grinover propõe, como solução para a realização do interrogatório da pessoa jurídica, que se utilizem, analogicamente, as regras da

⁸² GRINOVER, Ada Pellegrini. *Aspectos processuais da responsabilidade penal da pessoa jurídica*, op. cit., p.48.

⁸³ Idem, *ibidem*, p.49

⁸⁴ Idem, *ibidem*, p.50.

Consolidação das Leis do Trabalho sobre a figura do preposto, quem vem a ser pessoa que tenha conhecimento do fato.⁸⁵

Dessa forma, no processo penal, aonde o interrogatório é a principal forma de autodefesa, caberá, no caso da pessoa jurídica acusada, indicar a pessoa física que será interrogada.

Logicamente, caberia a esta pessoa física exercer, de fato e se julgasse conveniente, o direito ao silêncio.

3.3 Direito ao silêncio e formas de colaboração processual

Questão instigante que se apresenta, quanto a uma possível violação do direito ao silêncio, diz respeito ao estímulo, por parte da legislação, ou até mesmo por parte da acusação, para que haja delação, ou colaboração processual, por parte de acusados e suspeitos, em troca de benefícios processuais.

A criação de institutos que estimulem a participação de acusados na instrução processual, é resultado das medidas de combate às organizações criminosas, que aumentaram consideravelmente nos últimos tempos.

Para obter a colaboração dos acusados, as legislações oferecem diversos estímulos, da imunidade até a redução significativa da pena imposta.

⁸⁵ Idem, ibidem., p.50.

Maria Elizabeth Queijo, analisando a questão, informa que, no direito norte-americano, o principal estímulo oferecido, para obter a colaboração processual é a imunidade, que garante que o acusado não será processado, desde que renuncie ao seu privilégio contra a auto-incriminação. Dessa forma, aduz a autora, o acusado passa ao *status* de testemunha e, consoante, tem o dever de depor e de dizer a verdade. Ressalte-se que a imunidade só pode ser reconhecida judicialmente⁸⁶.

A mencionada autora complementa referenciando o direito italiano, onde foram previstos diversos institutos para estimular a atuação dos “colaboradores da justiça”. Contudo, no direito italiano não há o benefício da imunidade, as recompensas situam-se, exclusivamente, no plano do direito material: redução de pena e aplicação de medidas alternativas à prisão, em razão do princípio da obrigatoriedade da ação penal no sistema italiano.

No Brasil, como também houve uma proliferação de organizações criminosas, vários dispositivos legais trouxeram “benefícios” aos acusados e indiciados, para estimular a colaboração no processo ou nas investigações.

Em várias ocasiões se buscou estimular a chamada “delação premiada”, a Lei de Crimes Hediondos, Lei 8.072/90, em seu art. 8º, parágrafo único, previu a redução da pena de um a dois terços para o participante que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando o seu desmantelamento.

⁸⁶ QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo*. op. cit., p.211-212.

Insta observar que a dicção do dispositivo legal em análise, condiciona o deferimento do benefício ao resultado obtido, o que é discutível. Maria Elizabeth Queijo informa que a jurisprudência norte-americana não tem admitido cláusula de resultado nos acordos firmados entre acusação e defesa, condicionando a imunidade à condenação dos co-réus. Ao colaborador basta comportar-se de boa-fé e fornecer declarações verdadeiras⁸⁷.

Continuando a análise da legislação pátria, tem-se o disposto na Lei 7.492/86, que trata dos crimes contra o sistema financeiro nacional, além da Lei 8.137/90, que define os crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, ambas alteradas pela Lei 9.080/85, que incluiu o §2º do art. 25 da primeira e estabeleceu o parágrafo único do art. 16 da segunda. Em ambos os casos, foi estabelecida redução de pena de um a dois terços para o co-autor ou partícipe que, por confissão espontânea, revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa relacionada aos crimes previstos naqueles diplomas, quando praticados por quadrilhas ou em concurso.

O Código Penal, igualmente, foi modificado em 1996, pela Lei 9.269, que acrescentou o §4º ao art. 159, que tipifica o crime de extorsão mediante seqüestro, prevendo redução de pena de um a dois terços, se o crime é cometido em concurso, para aquele que denunciar o delito à autoridade, facilitando a libertação do seqüestrado.

⁸⁷ QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo*. op. cit., p.211

A lei 9.034/95, que trata especificamente da prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas, estabeleceu, no art. 6º, que, havendo colaboração espontânea do agente que levar ao esclarecimento de infrações penais e sua autoria, este terá a pena reduzida de um a dois terços.

A Lei 9.613/98 que cuida dos crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores, dispôs, no §5º do art. 1º, que a pena será reduzida de um a dois terços e será cumprida inicialmente em regime aberto, podendo o juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la por pena restritiva de direitos se o co-autor ou partícipe colaborar espontaneamente com as autoridades, ajudando na apuração dos fatos, da autoria ou localização dos bens objeto do crime.

Finalmente, a Lei 9.807/99, que criou o Programa Federal de Assistência a Vítimas e Testemunhas Ameaçadas e dispõe sobre a proteção de acusados ou condenados que tenham colaborado voluntariamente na investigação policial e no processo criminal, estabeleceu, no art. 13, a possibilidade de conceder perdão judicial ao acusado, desde que primário, que colabore efetiva e voluntariamente com a investigação ou processo criminal, levando a identificação de co-autores e partícipes, localização da vítima com integridade física preservada ou a recuperação, ainda que em parte, do produto do crime.

De modo bastante peculiar, a Lei 9.807/99, sujeitou a concessão do perdão judicial, ao exame da personalidade do beneficiado, da natureza, circunstâncias, gravidade e repercussão social do fato criminoso, ressaltando que,

se apesar da efetiva e espontânea colaboração, algum dos objetivos acima mencionados não for alcançado, ou o perdão não puder ser concedido em razão dos demais requisitos, o acusado ainda assim fará jus a redução da pena de um a dois terços.

É de se examinar se estas formas de incentivo à colaboração do acusado, atentam contra o direito ao silêncio, já que é inegável que estes benefícios estimulam a que o acusado abra mão da prerrogativa de permanecer calado.

O que importa analisar, caso a caso, é se a opção pela colaboração foi espontânea, se não houve qualquer espécie de coação e, de modo especial, se o acusado foi devidamente advertido quanto ao seu direito ao silêncio. Nessas condições, cabe a ele decidir, livremente e, de preferência assistido por advogado, se colabora ou não.

Presentes as condições descritas acima, é de se afirmar que não há ofensa ao direito ao silêncio.

3.4 Conseqüências do exercício do direito ao silêncio

Sendo o silêncio um direito do acusado, que, *a priori*, busca resguardá-lo do risco de auto-incriminação, preservando sua liberdade de autodeterminação

no interrogatório, não se admite nenhuma consequência prejudicial a ele, em razão do exercício do direito ao silêncio.

O silêncio do acusado não comporta valoração. É simples ausência de resposta e, no mais das vezes, enquadra-se perfeitamente em determinada estratégia de defesa.

Desse modo, o silêncio do acusado não poderá ser utilizado como argumento a favor da acusação, ser equiparado à falta de argumentos de defesa, ser valorado em fundamentação de decisão judicial ou ser considerado elemento para a formação do convencimento do julgador. Em suma, o juiz nada poderá inferir do silêncio do réu a não ser que, calando-se, usou de um direito que a lei lhe confere.

Analisando a questão, Tourinho Filho alerta que é possível que o juiz tenha uma impressão desfavorável quando o acusado silenciar, mas não poderá admitir que tal impressão se converta em elemento para proferir sentença condenatória.⁸⁸

O silêncio não poderá ser tomado como admissão de culpabilidade ou confissão ficta. Dele não podem ser extraídas presunções contra o acusado, mesmo porque luta em favor dele, com envergadura constitucional, frise-se, a presunção do estado de inocência. Tampouco será tomado como indício de culpabilidade.

⁸⁸ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. op. cit., v.3, p. 271.

Theodomiro Dias Neto fornece indicativo acerca da valoração do silêncio, como elemento de prova, apontando que: “o princípio da livre apreciação de provas deve ser interpretado à luz das garantias constitucionais do acusado, ou seja, deve ter como limite o reconhecimento do direito de toda pessoa em não contribuir para sua própria incriminação, o que envolve a possibilidade do silêncio”⁸⁹.

Em sede de condenação, o silêncio do acusado também não poderá servir de suporte para o aumento de pena ou ser considerado na análise da personalidade do acusado para fins de sua fixação.

Igualmente, não deverá o silêncio do acusado constituir fundamento para decretação de prisão cautelar, nem para à sua manutenção, se anteriormente decretada. Impende ressaltar que o Supremo Tribunal Federal já decidiu que: “a recusa de colaborar com a instrução criminal não é causa suficiente para a decretação de prisão preventiva, sendo assegurado ao indiciado, inclusive, o direito ao silêncio”⁹⁰.

Sendo direito do acusado, da recusa em responder às indagações formuladas não se pode extrair a consumação dos crimes de desacato ou desobediência. Enfim, nenhuma consequência prejudicial ao acusado poderá ser

⁸⁹ DIAS NETO, Theodomiro. *O direito ao silêncio: tratamento nos direitos alemão e norte-americano*. op. cit., p.193.

⁹⁰ HC 79.781, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 18/14/2000.

extraída do exercício do direito ao silêncio. Caso contrário, a essência desse direito estaria comprometida.

Ninguém pode exercer regularmente um direito seu e ser prejudicado em sua esfera jurídica, em decorrência deste exercício. Seria, por via reflexa, o mesmo que decretar a inexistência do direito em foco. Nos dizeres de Rogério Lauria Tucci, o exercício regular do direito ao silêncio, “não pode importar desfavorecimento do imputado, até porque consistiria inominado absurdo entender-se que o exercício de um direito, expresso na Lei das Leis como fundamental do indivíduo, possa acarretar-lhe qualquer desvantagem”⁹¹.

A situação, contudo, torna-se mais delicada nas decisões proferidas pelo Conselho de Sentença do Tribunal do Júri, que são imotivadas, sobre as quais não se consegue exercer adequado controle sobre eventual valoração do silêncio do acusado, especialmente, como observa Guilherme de Souza Nucci, que “nas decisões proferidas pelo Tribunal do Júri predominam as impressões colhidas durante o julgamento, especialmente no tocante ao interrogatório do acusado”⁹².

Outro elemento que tende a agravar a situação, é que o Conselho de Sentença é composto, em regra, por leigos, que desconhecem o conteúdo do direito ao silêncio.

⁹¹ TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. op. cit., p. 396.

⁹² NUCCI, Guilherme de Souza. *O valor da confissão como meio de prova no processo penal*. op. cit., p. 178.

A esse respeito, importa observar a lição de Guilherme de Souza Nucci, que sustenta “a necessidade de o juiz alertar os jurados para que não levem em conta, em sua decisão, o silêncio do acusado, porque se trata de um direito constitucional”⁹³.

A importância desta advertência, é que, vulgarmente, o silêncio é tomado como assunção de culpabilidade, sendo esta concepção bastante difundida.

De qualquer modo, imperioso reconhecer que, dificilmente, o silêncio não exercerá influência sobre o espírito do julgador, seja ele togado ou leigo, daí a sugestão, proposta por Maria Elizabeth Queijo, que:

para melhor tutelar este direito, mais adequada seria a adoção do interrogatório facultativo, como previsto na Lei de Imprensa. Assim, caberia à defesa requerer a realização do interrogatório e, em requerendo, à evidência, o acusado não exerceria o direito ao silêncio, ao menos com relação à totalidade das indagações. Pretendendo silenciar totalmente, não seria requerido o interrogatório, deixando de expor o acusado a eventual influência sobre o convencimento do julgador.⁹⁴

A única consequência admissível do exercício do direito ao silêncio é que o acusado deixará de declinar elementos a seu favor, caso não responda a nenhuma das perguntas formuladas, ou seja, não fornecerá a autoridade que o interroga, a sua versão dos fatos e elementos probatórios que possam dar suporte

⁹³ NUCCI, Guilherme de Souza. *O valor da confissão como meio de prova no processo penal*. op. cit., p. 178.

⁹⁴ QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo*. op. cit., p. 220.

a ela. Como em alguns casos o silêncio do acusado poderá prejudicar sua defesa, nas situações que comportem a indicação de um álibi, por exemplo, torna-se imprescindível a atuação da defesa técnica, que o orientará quanto ao exercício do direito ao silêncio.

3.5 O direito ao silêncio e o dever de cooperação no interrogatório

Logicamente, como o acusado tem o direito de permanecer silente durante o interrogatório, é de se analisar se haveria alguma espécie de obrigação de cooperação quando de sua realização.

Considerando que o direito ao silêncio pode ser exercido na totalidade do interrogatório, o que, na prática, equivaleria a sua não realização, mas também em relação a algumas perguntas específicas, resta claro que não existe um dever de cooperação, desse modo, há que se observar a vedação de determinados métodos de interrogatório que afrontam a dignidade do acusado ou sua liberdade de autodeterminação e que acabariam por violar o direito ao silêncio.

3.6 Vedação de determinados métodos de interrogatório

Com a vedação de determinados métodos de interrogatório, evita-se que o acusado seja induzido ou mesmo compelido, física e moralmente, à auto-incriminação, renunciando, involuntariamente, ao direito ao silêncio.

A vedação de determinados métodos de interrogatório relaciona-se, também, à opção do legislador por um processo penal ético, estreitamente relacionado, por exemplo, com a presunção do estado de inocência.

3.6.1 Técnicas empregadas na formulação das perguntas ao acusado

Para que o direito ao silêncio seja respeitado no interrogatório, nenhum método tendente a obter declarações ou confissão poderá ser empregado, fazendo com que o acusado se auto-incrimine. Não deve haver qualquer influência, pela atuação da autoridade que conduz o interrogatório, sobre a liberdade de autodeterminação do acusado.

Maria Elizabeth Queijo, observa que as perguntas formuladas ao acusado deverão ser claras, precisas, sendo vedada, desse modo, a formulação de perguntas sugestivas, tendenciosas, obscuras, capciosas. Além disso, a autoridade não poderá formular pergunta dando como admitido fato sobre o qual o acusado não se manifestou⁹⁵.

⁹⁵ QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo*. op. cit., p. 222-223.

As respostas obtidas a partir de indagações dessa natureza não são produtos espontâneos da vontade do acusado e poderiam ser diferentes se as perguntas formuladas fossem diretas e objetivas.

Logicamente não são admitidas quaisquer formas de exortação para que o acusado colabore no interrogatório, como persuasões, promessas ou mesmo ameaças.

O juiz, ou a autoridade policial, que conduz o interrogatório, não deve agir objetivando a confissão e utilizando métodos para interrogar o acusado, tendentes a evitar que ele exerça o direito ao silêncio. Vedando-se, também, o emprego de meios enganosos, como *v.g.*, quando se afirma existirem determinadas provas contra o acusado, que, na realidade, não existem, ou quando se afirma que um co-réu já confessou, quando tal não ocorreu.

Como salienta Maria Elizabeth Queijo, o juiz deve zelar pela condução do interrogatório de forma escrupulosa, sem violar a psique do acusado.⁹⁶

3.6.2 Emprego de tortura

Tutelando o acusado contra o risco de auto-incriminação, sua liberdade e sua dignidade, evidentemente o direito ao silêncio mostra-se totalmente

⁹⁶ QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo*. op. cit., p. 224.

incompatível com qualquer forma de violência física ou moral empregada contra ele, para fazê-lo cooperar na persecução.

A tortura, consistente em sofrimento físico ou psíquico imposto ao acusado, é, obviamente, inadmissível no Estado de Direito.

Na atualidade, o emprego da tortura situa-se na clandestinidade e, não raras vezes, confissões são extorquidas na fase de investigação, sem que se respeite, de qualquer modo, o direito ao silêncio. Wolgran Junqueira Ferreira assinala que “como aqui a prisão é seguida de agressões, não sabemos se o preso, em primeiro lugar, ira apanhar, e depois ouvir o dispositivo constitucional, ou se primeiro escuta atentamente seus direitos e depois vai para o ‘pau de arara’”⁹⁷.

No mesmo sentido, Antonio Magalhães Gomes Filho ensina, em relação ao direito ao silêncio que:

Mas, apesar da forma clara e incisiva com que esse direito é reconhecido entre nós, sua aplicação prática parece longe de ser uma realidade, especialmente diante de uma rotina policial voltada à obtenção de confissões a todo custo, em relação à qual os tribunais não tiveram ainda oportunidade de contrapor, com firmeza, a força do preceito constitucional.⁹⁸

Maria Elizabeth Queijo esclarece que a utilização de certos métodos de interrogatório acabam por transformar-se em verdadeiro emprego de tortura contra o acusado, merecendo destaque a questão da duração do interrogatório que,

⁹⁷ FERREIRA, Wolgran Junqueira. *Direitos e garantias individuais*. Bauru: Edipro, 1997. p. 447.

⁹⁸ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. op. cit., p. 113.

realizado durante longo espaço de tempo, sem intervalos, à noite, acaba por conduzir o acusado à exaustão e à falta de serenidade para posicionar-se diante das perguntas formuladas, não deixando de caracterizar tais expedientes, segundo a autora, tortura ou, quando menos, tratamento desumano.⁹⁹

O interrogatório assim realizado, aponta a autora em questão, acaba por violar o direito ao silêncio, porque o acusado perde ou tem reduzida sua capacidade de avaliação com relação às indagações feitas. O cansaço, a pressão psicológica exercida pelo tempo e pela sucessão de perguntas e também pelo ambiente a que ele fica submetido, podem influenciar a sua liberdade de autodeterminação.

Informa ainda a autora, que o direito nacional não traz dispositivo regulamentando a forma de realização do interrogatório, no que diz respeito à duração ou momento de realização, aduzindo que tratam destes temas o direito espanhol, argentino e chileno, onde, nos três ordenamentos, o legislador estabeleceu a obrigatoriedade de suspensão do interrogatório se este se prolongar por muito tempo ou se forem formuladas tantas perguntas que o acusado perca a serenidade ou venha a demonstrar cansaço. O interrogatório somente poderá ser retomado quando o acusado recuperar a calma.

⁹⁹ QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo*. op. cit., p. 225-226.

Outra providência prevista nos ordenamentos jurídicos mencionados, que merece destaque, é a obrigatoriedade da consignação do tempo que durou o interrogatório.

Semelhante dispositiva mereceria acolhida pela legislação nacional, também em respeito ao direito ao silêncio.

Os interrogatórios longos e ininterruptos são, infelizmente, frequentes, não só nas dependências policiais, como se poderia facilmente imaginar, mas, como noticiado fartamente, têm sido rotineiros perante as Comissões Parlamentares de Inquérito.

Logicamente, o interrogatório realizado mediante tortura é absolutamente inadmissível e viola frontalmente a dignidade do indivíduo bem como dispositivos constitucionais expressos, não podendo ser admitido em hipótese alguma.

3.6.3 Outros métodos vedados para obter declarações do acusado

Também visando tutelar a dignidade do acusado, sua liberdade de autodeterminação e a confiabilidade do interrogatório, certos métodos de interrogatório não podem ser admitidos.

Os métodos químicos, como a narcoanálise, o “soro da verdade”, os psíquicos, tais como a hipnose e a submissão ao detector de mentiras ou polígrafo, não podem merecer acolhida.

Nos dizeres de Antônio Magalhães Gomes Filho, tais métodos afetam a liberdade de declaração, bem como a intimidade e a dignidade do acusado, ocorrendo verdadeira subjugação da vontade.¹⁰⁰

Com efeito, a rigor, as declarações obtidas com o emprego dos mencionados métodos não podem sequer ser consideradas frutos de “interrogatório”, no sentido processual, já que este implica a obtenção de declarações conscientemente prestadas pelo acusado.

Tais métodos não podem ser empregados nem mesmo com o consentimento do acusado, que estaria, *in casu*, dispondo de sua liberdade moral e, por via reflexa, violando seu direito ao silêncio.

A hipnose, o “soro da verdade” ou a narcoanálise, tendem a anular os freios inibitórios do indivíduo e sua capacidade de autocontrole, tais métodos são reprováveis, não somente frente ao direito ao silêncio e a dignidade da pessoa humana, como são pouco confiáveis os resultados obtidos com sua utilização.

Serrano Neves informa que a aplicação da narcoanálise nasceu da constatação de que certas drogas, notadamente os barbitúricos, atuando sobre os

¹⁰⁰ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. op. cit., p. 116.

centros infra-corticais, reduzem no paciente certas inibições, provocando irresistível vontade de falar¹⁰¹.

Contudo, aponta o doutrinador em questão, “os próprios dados de laboratório não confirmam a exatidão das proclamadas vitórias obtidas pela narcoanálise nos seus mergulhos na mente humana. Pelo contrário: deixam mal, quase no ridículo os seus apologistas”¹⁰².

Já o detector de mentiras é um método baseado nas modificações neurovegetativas do indivíduo induzidas pela tensão provocada pelo interrogatório, assim, alteram-se as freqüências cardíaca e respiratória, a coloração da face etc.

Tal método é considerado pela doutrina nacional como inadmissível, violando a liberdade psíquica do acusado¹⁰³.

Quanto à acuidade dos resultados obtidos por meio do detector de mentiras, Serrano Neves aponta que não é, absolutamente, meio idôneo, de obtenção de respostas em âmbito de instrução penal, com efeito, indica o autor que “os estudiosos já divulgaram que um inocente, por força da natural revolta causada pela sua indicição, poderia manifestar, durante o experimento, alarmante excitação, evidentemente prejudicial à interpretação de suas respostas”¹⁰⁴.

¹⁰¹ NEVES, Serrano. *O direito de calar*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960, p. 62

¹⁰² NEVES, Serrano. *O direito de calar*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960, op. cit., p.66.

¹⁰³ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. op. cit., p. 248.

¹⁰⁴ NEVES, Serrano. *O direito de calar*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960, op. cit., p.79.

Antônio Magalhães Gomes Filho adverte que tais métodos caracterizam forma de violência moral, consistindo em método insidioso.¹⁰⁵

Portanto, resta claro que tais procedimentos violam a intimidade e a autodeterminação do acusado, atingindo frontalmente a proteção constitucional do direito ao silêncio, não se podendo admiti-los em sede de procedimentos penais.

3.7 O dever de dizer a verdade

Interessa perquirir se, diante da opção em responder ao questionamento apresentado pela autoridade, quer judicial, quer policial, teria o acusado o dever de dizer a verdade ou, se a ele seria facultado o direito de mentir.

Aparentemente diferentes apenas na construção semântica, as duas situações são, na essência, distintas. Com efeito, não ter o dever de dizer a verdade não conduz à idéia do direito de mentir, há a presença, no intermédio, do simples direito de silenciar.

Mesmo reconhecendo que não haveria, por parte do acusado, o dever de dizer a verdade, alguns posicionamentos doutrinários procuraram, de alguma forma, extrair conseqüências prejudiciais ao acusado quando este faltasse com a verdade ou apenas mantivesse postura reticente durante o interrogatório.

¹⁰⁵ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. op. cit., p. 116.

Entre tais posicionamentos, Maria Elizabeth Queijo destaca a teoria do dever testemunhal do acusado, formulada por Carnelutti, que sustentava que deveria ser imposto ao acusado o dever de testemunhar, ajudando-o a vencer sua relutância à narrativa verdadeira dos fatos. Isto porque se defendia uma função “medicinal” da pena, daí, toda intromissão na intimidade do acusado seria justificada, já que perpetrada em seu benefício.¹⁰⁶

Continua a referida autora, apontando a teoria do ônus da verdade de Foschini, que sustentava que o acusado tinha o ônus de dizer a verdade no interrogatório, assim, se mentisse, ficava sujeito ao risco de o juiz extrair, desse comportamento, elementos de prova por presunção, ou seja, do silêncio e da eventual mentira poderia ser extraída a presunção de culpa.¹⁰⁷

No ordenamento brasileiro, não se reconhece propriamente a existência do direito à mentira, contudo, não foram previstas sanções para o acusado que falte com a verdade. A esse respeito, já concluiu o Supremo Tribunal Federal que, no direito ao silêncio, tutelado constitucionalmente, inclui-se a “prerrogativa de o acusado negar, ainda que falsamente, perante a autoridade policial ou judiciária, a prática de infração penal”¹⁰⁸.

O Superior Tribunal de Justiça tem seu entendimento afinado pelo mesmo diapasão, cabendo observar manifestação desta Colenda Corte no sentido

¹⁰⁶ QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo*. op. cit., p. 229-230.

¹⁰⁷ Idem, *ibidem*, p.230

¹⁰⁸ HC 68.929

de que: “É atípica a conduta do acusado que, ao ser preso em flagrante, declara, perante a autoridade policial, nome falso, haja vista a natureza de autodefesa da conduta, garantida constitucionalmente, consubstanciada no direito ao silêncio.”¹⁰⁹

Igualmente, em sede de recurso especial, entendeu o Superior Tribunal de Justiça que

Não comete o crime previsto no art. 307, do Código Penal aquele que se atribui falsa identidade perante a autoridade policial como recurso de autodefesa para encobrir maus antecedentes, pois tal postura encontra-se ao abrigo da garantia constitucional que lhe assegura o direito ao silêncio quando inquirido pela autoridade pública.¹¹⁰

Há restrições na esfera do Código Penal, tipificadas no art. 341, que incrimina a auto-acusação falsa, punindo aquele que, diante de autoridade, venha a acusar-se de crime inexistente ou praticado por outrem; também no delito de denúncia caluniosa e no de calúnia.

Saliente-se que Theodomiros Dias Neto, apontando que, como da mentira do acusado não podem ser extraídas conseqüências prejudiciais, tais como indício de autoria e culpabilidade, ou mesmo aumento de pena, afirma a existência de verdadeiro direito à mentira.¹¹¹

¹⁰⁹ RESP 418925/DF, Rel. Min. Paulo Medina, órgão julgador: 6ª Turma, j. 02/09/2003, DJ. 22/09/2003, p. 397.

¹¹⁰ RESP 204218/MG, Rel. Min. Vicente Leal, órgão julgador: 6ª turma, j. 12/09/2000, DJ. 25/09/2000, p. 147.

¹¹¹ DIAS NETO, Theodomiros. *O direito ao silêncio: tratamento nos direitos alemão e norte-americano*. op. cit., p.187.

A vinculação da mentira e da reticência do acusado à culpabilidade associa-se à idéia de que o inocente tem todo o interesse em dar diretas e amplas explicações sobre o fato delituoso e que, aquele que mente ou se mantém reticente no interrogatório, o faz porque não teria elementos a aduzir em sua defesa.

Contudo, forçoso observar que, embora não exista algo como o “direito de mentir”, a mentira e a reticência não podem ser consideradas indício de autoria e culpabilidade, conduzir ao agravamento da pena ou tampouco servir de parâmetro para a avaliação da personalidade e conduta do acusado, para fins de fixação de pena.

3.8 O dever de comparecer

Em que pese o reconhecimento do direito ao silêncio do acusado, em vários ordenamentos jurídicos predomina o entendimento de que aquele tem o dever de comparecer ao interrogatório, podendo ser determinada, para tal fim, sua condução coercitiva.

Maria Elizabeth Queijo aponta, como exemplos, o tratamento da questão pelos direitos alemão e italiano.¹¹²

Segundo aduz a autora, no ordenamento alemão, a condução coercitiva é cabível quando, em seu lugar, poderia ser determinada a prisão, sendo utilizada,

¹¹² QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo*. op. cit., p. 236-237.

também, como meio para executar a citação para interrogatório, para obter a presença do acusado quando citado e não tendo se apresentado espontaneamente, para garantir sua presença na “vista oral” e quando não tenha comparecido, sem justa causa, na “vista principal”.

Já o ordenamento italiano, ainda segundo a autora apontada, igualmente admite a condução coercitiva, apesar do direito ao silêncio, sustentando que a referida medida justifica-se porque o acusado é sujeito “potencialmente” declarante.

No direito nacional, o Código de Processo Penal, ora em vigor, dispõe, no art. 260, que o acusado poderá ser conduzido coercitivamente para atender à intimação para o interrogatório.

Importa observar o posicionamento de Antonio Scarance Fernandes, diante do acolhimento expresso do direito ao silêncio, no ordenamento pátrio, salientando a renunciabilidade do interrogatório, declina que “não pode o indiciado ou réu ser conduzido à presença da autoridade policial ou do juiz para a realização desse ato”.¹¹³

Efetivamente, não se pode desconsiderar que a condução coercitiva exerce certa compulsão sobre o acusado para que participe ativamente no interrogatório, respondendo às indagações formuladas, Maria Elizabeth Queijo

¹¹³ FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo penal constitucional*. op. cit., p. 269.

considera que “é ínsita à condução coercitiva a expectativa de que o acusado responda às perguntas que lhe serão dirigidas no interrogatório”.¹¹⁴

No Brasil, entrelaçam-se, no mesmo ato, a identificação do acusado e as perguntas sobre o fato, denominadas interrogatório de mérito. Logicamente, em relação à identificação não incide o direito ao silêncio, o qual tem lugar no interrogatório de mérito.

A rigor, portanto, seria cabível a condução coercitiva apenas com referência à identificação. Quanto ao interrogatório de mérito, não estando obrigado a responder às indagações formuladas e podendo renunciar à autodefesa, não se justifica a condução coercitiva.

Maria Elizabeth Queijo sugere que o interrogatório deveria ser desdobrado em dois atos distintos: a identificação e o interrogatório de mérito. Sendo que, na fase inquisitorial, somente caberia condução coercitiva para a identificação, mas o acusado apenas seria interrogado se o desejasse e desde que presente seu defensor.¹¹⁵

Na fase judicial, o interrogatório somente deveria ser realizado mediante requerimento da defesa, aduz a autora citada.

Em verdade, se o acusado opta por silenciar durante o interrogatório, de modo absoluto, e a lei e a Constituição lhe garantem este direito, daí, é de se

¹¹⁴ QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo*. op. cit., p. 238.

¹¹⁵ QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo*. op. cit., p.239.

questionar qual o sentido em realizar o interrogatório, de modo obrigatório, despendendo tempo e recursos, para a realização de um ato que se apresenta sem valor ou motivo.

3.9 O interrogatório na jurisprudência nacional

Como mencionado, o direito ao silêncio, anteriormente à Lei 10.792/2003, havia sido reconhecido de modo expreso no texto constitucional de 1988, elencado entre os direitos e garantias fundamentais.

Antes da promulgação da Carta Maior, admitia-se o silêncio do acusado, mas dele poderiam advir conseqüências desfavoráveis para a defesa, com repercussões negativas no convencimento do julgador.

Após a promulgação da Lei Maior, em 1988, com o reconhecimento integral do direito ao silêncio no art. 5º, LXIII, a doutrina, quase que unanimemente, passou a reconhecer as conseqüências do direito ao silêncio: não pode o silêncio ser valorado, extraindo-se elementos contrários à defesa; não corresponde a indício de culpabilidade, nem tampouco pode servir como elemento para o convencimento do julgador.

Em que pese tal sedimentação doutrinária do direito ao silêncio e seus reflexos, na jurisprudência, não raro, muitas têm praticamente negado o conteúdo deste direito fundamental, sob essa ótica, defende-se que o acusado, quando

inocente, tem todo o interesse em responder ao interrogatório, somente ao culpado interessaria o silêncio.

Assim, diversos julgados atribuem, mesmo após a Constituição de 1988, conotação de culpabilidade ao direito ao silêncio, a esse respeito, como exemplo, podem-se analisar os seguintes julgados, do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo:

A recusa em responder perguntas por ocasião de interrogatório policial não pode ser interpretada como presunção de inocência, vez que o inocente nunca fica calado diante de uma acusação injusta¹¹⁶.

No flagrante, embora a recusa a responder às indagações da autoridade policial seja um direito constitucional do detido, configura-se como indício desfavorável, pois um inocente, tendo oportunidade, assim protesta¹¹⁷.

A postura do agente que se recusa a oferecer esclarecimentos durante a lavratura do auto de prisão em flagrante, gera certo comprometimento, pois a conduta normal para o inocente é proclamar insistentemente e reiteradamente, a sua inocência, e não se reservar para oferecer explicações apenas perante o juízo¹¹⁸.

Contudo, também no Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, registra-se orientação diversa, que resguarda o direito ao silêncio:

O direito de permanecer em silêncio é garantido por norma constitucional inserida no capítulo das garantias fundamentais. Assim, deve ser assegurado a cada pessoa em sua plenitude. Não é possível admitir que permanecer calado, no interrogatório, retrate conduta incompatível com a condição de inocente. Na realidade, a atitude pode estar motivada por várias situações, entre elas a de não querer se auto-incriminar. Mas não se pode dizer que esta última justificativa seja

¹¹⁶ Ap. 693.959, Rel. Juiz Almeida Braga, 6ª Câmara, j. 26-02-1992

¹¹⁷ Ap. 812.271, Rel. Juiz Abreu Machado, 12ª Câmara, j. 02-08-1993

¹¹⁸ Ap. 869.243, Rel. Juiz Renato Nalini, 11ª Câmara, j. 19-12-1994

causa determinante. É que da garantia assegurada pela Constituição não se pode presumir culpabilidade¹¹⁹.

Não se pode conceber que o exercício de um direito amparado na Carta Magna possa ser interpretado em desfavor de quem o exercita. Pior do que deixar de informar ao acusado sobre o direito de permanecer silente foi lhe assegurar que restar calado poderia danar-lhe a defesa¹²⁰.

O Supremo Tribunal Federal, entretanto, tem firmado o alcance do direito ao silêncio na ótica do devido processo legal, inclusive admitindo sua extensão a figura das testemunhas. Em diversos arestos reconheceu esta Colenda Corte Suprema que:

O preso deve ser advertido quanto ao direito ao silêncio:

o direito à informação da faculdade de manter-se silente ganhou dignidade constitucional, porque instrumento insubstituível da eficácia real da vetusta garantia contra a auto-incriminação que a persistência planetária dos abusos policiais não deixa perder a atualidade. Em princípio, ao invés de constituir desprezível irregularidade, a omissão do dever de informação ao preso dos seus direitos, no momento adequado, gera efetivamente a nulidade e impõe a desconsideração de todas as informações incriminatórias dele anteriormente obtidas, assim como das provas delas derivadas¹²¹.

A gravação de conversa informal do indiciado com policiais viola o direito ao silêncio, porque é imperiosa a advertência quanto ao aludido direito, sob pena de ilicitude da prova aí advinda¹²².

O direito ao silêncio se estende a qualquer indagação por autoridade pública, de cuja resposta possam advir elementos incriminatórios:

¹¹⁹ Ap. 1/091.633-7, Rel. Juíza Angélica de Almeida, j. 08-04-1998

¹²⁰ Ap. 1.024.065/2, 2ª Câm., Rel. Juiz Ary Casagrande, j. 26-08-1996

¹²¹ HC 78.708-SP, 1ª T., Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 09-03-1999

¹²² HC 80.949-RJ, 1ª T. Rel. Min Sepúlveda Pertence, j. 30-10-2001

A garantia contra a auto-incriminação não tem limites espaciais nem procedimentais: estende-se a qualquer indagação por autoridade pública de cuja resposta possam advir subsídios à imputação ao declarante da prática de um crime¹²³.

Do exercício do direito ao silêncio não pode advir a imposição, pelo Poder Público, de qualquer medida restritiva de liberdade:

o exercício do direito de permanecer em silêncio não autoriza os órgãos estatais a dispensarem qualquer tratamento que implique restrição à esfera jurídica daquele que regularmente invocou essa prerrogativa fundamental. Precedentes. O direito ao silêncio – enquanto poder jurídico reconhecido a qualquer pessoa relativamente a perguntas cujas respostas possam incriminá-la – impede, quando concretamente exercido, que aquele que o invocou venha, por tal específica razão, a ser preso, ou ameaçado de prisão, pelos agentes ou pelas autoridades do Estado¹²⁴.

Comissão Parlamentar de Inquérito. Direito ao silêncio. Pedido deferido para que, caso reconvocato a depor, não seja o paciente preso ou ameaçado de prisão pela recusa de responder a pergunta cujas respostas entenda poderem vir a incriminá-lo¹²⁵.

O silêncio não significa auto-incriminação, não podendo conduzir à presunção de culpabilidade:

o acusado tem o direito de permanecer em silêncio ao ser interrogado, em virtude do princípio constitucional ‘*nemo tenetur se detegere*’ (art. 5º, LXIII), não traduzindo este privilégio auto-incriminação¹²⁶.

¹²³ HC 79.244, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, despacho de 26-04-1999

¹²⁴ HC 79.812-SP, Pleno, Min. Celso de Mello, j. 08-11-2000

¹²⁵ HC 79.589-DF, Pleno, Min. Octávio Gallotti, j. 05-04-2000

¹²⁶ HC 75.616-SP, 1ª T., Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 07-10-1997

O acusado não pode ser advertido quanto a qualquer consequência desfavorável do seu silêncio. Logicamente, este julgado é anterior à modificação efetuada pela Lei 10.792/2003, no Código de Processo Penal:

a parte final do art. 186 do Código de Processo Penal, no sentido de o silêncio do acusado poder se mostrar contrário aos respectivos interesses, não foi recepcionada pela Carta de 1988, que, mediante, o preceito do inciso LXIII do art. 5º, dispõe sobre o direito de os acusados, em geral, permanecerem calados¹²⁷.

Ninguém pode ser constrangido a confessar a prática de ilícito penal:

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. ‘*Nemo tenetur se detegere*’. Ninguém pode ser constrangido a confessar a prática de um ilícito penal¹²⁸.

O acusado não tem o dever de falar a verdade, não podendo, inclusive, a pena ser majorada em razão de negação falsa do delito:

o direito de permanecer em silêncio insere-se no alcance concreto da cláusula constitucional do devido processo legal. E nesse direito ao silêncio inclui-se, até mesmo por implicitude, a prerrogativa processual de o acusado negar, ainda que falsamente, perante a autoridade policial ou judiciária, a prática da infração penal¹²⁹.

o comportamento do réu durante o processo na tentativa de defender-se não pode ser levado em consideração para o efeito de aumento de pena, sendo certo, também, que o réu não está obrigado a dizer a verdade (art. 5º. LXIII, da Constituição) e que as testemunhas, se mentirosas, devem elas, sem reflexo na fixação da pena do réu em favor de que depuseram, ser punidas, se for o caso, pelo crime de falso testemunho¹³⁰.

¹²⁷ RCrim 199.570-MS, 2ª T., Min. Marco Aurélio, j. 16-12-1997

¹²⁸ HC 68.929-SP, 1ª T., Min. Celso de Mello, j. 22-10-1991

¹²⁹ HC 68.929-SP, 1ª T., Rel. Min. Celso de Mello, j. 22-10-1991

¹³⁰ HC 68.742-3, Plenário, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 28-06-1991

A recusa do acusado em cooperar no interrogatório não é suficiente para fundamentar decreto de prisão preventiva:

a recusa de colaborar com a instrução criminal não é causa suficiente para a decretação da prisão preventiva, sendo assegurado ao indiciado, inclusive, o direito ao silêncio¹³¹.

O direito ao silêncio se estende às testemunhas, que gozam igualmente do privilégio de não se auto-incriminar:

não configura o crime de falso testemunho quando a pessoa, depondo como testemunha, ainda que compromissada, deixa de revelar fatos que possam incriminá-la¹³².

embora depondo como testemunha, após prestar juramento, não comete falso testemunho quem teria faltado à verdade sobre fato que o poderia incriminar, como parecer ser a hipótese; incide aí o princípio '*nemo tenetur se detegere*', explicitamente consagrado na Constituição (art. 5º, LXIII) e corolário, de resto, da garantia do devido processo legal¹³³.

3.10 O interrogatório no direito estrangeiro

3.10.1 Direito inglês

¹³¹ HC 79.781-SP, Pleno, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 18-04-2000

¹³² HC 73.035-DF, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 13-11-1996, *RTJ*, 163/626

¹³³ HC 73.053-3, desp. Proferido pelo Min. Celso de Mello, *DJU*, 26-09-1995, p.31400

A Inglaterra enfrenta, na visão de Andrew Ashworth, uma questão peculiar, a edição, em 1994, do *Criminal Justice and Public Order Act*¹³⁴.

O referido estatuto não chegou ao extremo de abolir o direito ao silêncio, não havendo compulsão para que o acusado responda às indagações formuladas, mas, nesse diploma, estendeu-se significativamente a possibilidade de os Tribunais extraírem inferências adversas do silêncio do acusado, quer perante a polícia, quer perante as Cortes, o que vem sendo bastante criticado e até mesmo questionado perante a Corte Européia de Direitos Humanos.

O mencionado *Act*, de 1994, estabeleceu regras referentes ao silêncio no julgamento. O júri e o magistrado podem extrair inferências do silêncio do acusado, caso ele deixe de responder a questões sem uma boa justificativa e desde que a acusação tenha demonstrado os fatos.

Algumas das críticas apontadas por Ashworth, dizem respeito ao fato de que a legislação não define o conceito do que seria uma “boa justificativa” para silenciar, e a jurisprudência aponta coisas tão vagas como “o conselho do advogado” ou a “não incriminação de terceiros”.

Por outro lado, o aludido diploma traz regras bastante claras sobre o silêncio no julgamento, dispondo que poderão ser extraídas inferências negativas da recusa do acusado em responder, quando se espera que ele mencione

¹³⁴ ASHWORTH, Andrew. *The criminal process, an evaluative study*. 2 ed. Oxford: Oxford University, 1998, p. 101-106.

determinado fato ou circunstância importante para sua defesa e ele não o faz (seção 34), quando este silencia sobre questões referentes a objetos que estavam em seu poder e sobre sua presença no local em que foi preso (seções 36 e 37).

Tais dispositivos têm sido questionados diante do que estabelece a Convenção Européia de Direitos Humanos, que reconhece o direito ao silêncio.

Dois julgados, decididos pela Corte Européia de Direitos Humanos, são apontados como referenciais para a questão¹³⁵.

O primeiro é *Murray v. United Kingdom*, julgado em 1996, em que a Corte decidiu que basear o convencimento somente ou principalmente no silêncio do acusado, ou na recusa de fornecer provas contra ele próprio é incompatível com o direito ao silêncio.

No segundo julgado, de 1997, em *Saunders v. United Kingdom*, a Corte decidiu que o direito ao silêncio é o direito de não ser coagido a falar e não se limita à interpretação restritiva que é fornecida pelas cortes inglesas no sentido de que deve haver escusa razoável para silenciar.

Quanto à recusa de fornecer provas contra si mesmo, Maria Elizabeth Queijo, esclarece que, na Inglaterra, mesmo antes do *Criminal Justice and Public Order Act*, não havia um direito ao silêncio, amplo e geral, dos suspeitos e

¹³⁵ ASHWORTH, Andrew. *The criminal process, an evaluative study*. op. cit., p.108.

acusados, havendo situações em que a *Common Law* autorizava que se extraíssem inferências contra o acusado a partir do seu silêncio¹³⁶.

3.10.2 Direito norte-americano

Guido Soares, destaca que um importante aspecto a se considerar, no desenvolvimento das normas do processo penal nos Estados Unidos, é a sua constante atualização pela Corte Suprema, a *US Supreme Court*, que tanto pode resultar em um sistema mais ou menos liberal ou em direção a conservadorismos, reflexo da composição daquele corte suprema federal¹³⁷.

Informa ainda o mencionado autor, que a Corte Suprema dos Estados Unidos é composta de nove membros, sendo oito *Associate Justices* (os nossos Ministros), e um *Chief Justice* (Presidente) o qual dá seu nome ao período em que chefia aquela corte, v.g.: durante o período do *Chief Justice Warren* há referências a *The Warren Court*. Este colegiado sempre decide em plenário, nunca em turmas ou câmaras¹³⁸.

Fiel à tradição do “*Common Law*”, o desenvolvimento das normas, quer de processo penal ou não, no âmbito da Suprema Corte americana, se dá através

¹³⁶ QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo*. op. cit., p.182.

¹³⁷ SOARES, Guido Fernando Silva. *Common Law: Introdução ao direito dos EUA*. 1.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p.127.

¹³⁸ Idem, *ibidem*, p.91.

dos julgados que se tornam referência para os casos seguintes e que são influência para a justiça estadual ou a vinculam, os chamados “*leading cases*”.

Guido Soares leciona que um *leading case* “é uma decisão que se tenha constituído em regra importante, em torno da qual outras decisões gravitam (com especificações, exceções interpretativas, extensões de aplicação)”, daí, tem-se que, em matéria de responsabilidade extra-contratual (que os americanos chamam de *torts*), o *leading case* é *Babcock v. Jackson*, em matéria de direito constitucional da competência revisional da Corte Suprema sobre a legislação estadual, é *Marbury v. Madison*, em matéria de competência para decretação de divórcio há *Williams v. North Carolina*, para a legalidade do aborto é *Roe v. Wade*, apenas para exemplificar¹³⁹.

O direito ao silêncio, neste contexto, surge como desenvolvimento do chamado “*privilege against self-incrimination*”, o direito de não se auto-incriminar, expresso na Quinta Emenda da Constituição norte-americana, que estabelece que nenhuma pessoa será compelida em feito criminal a ser testemunha contra si mesma.

A doutrina aponta que o *privilege* teve, historicamente, críticos ferozes, sendo Jeremy Bentham o mais famoso dentre os críticos do século XIX, tendo publicado, em 1827, uma crítica mordaz de toda a matéria¹⁴⁰.

¹³⁹ SOARES, Guido Fernando Silva. *Common Law: Introdução ao direito dos EUA*. op.cit, p.40

¹⁴⁰ HELMHOLZ, R.H. et al., *The privilege against self-incrimination: its origins and development*. op. cit , p.2-3.

Bentham, aduz Helmholtz, chegou à conclusão de que o *privilege* era produto de um preconceito irracional, em favor do qual nenhuma justificativa convincente poderia ser levantada, e que o *privilege* tinha o efeito inevitável de excluir a mais confiável evidência da verdade, aquela que é disponível somente através da pessoa acusada.

De todo modo, o desenvolvimento do *privilege* no direito norte-americano, segundo Maria Elizabeth Queijo, apresenta-se vinculado à preocupação quanto aos abusos que possam ser cometidos pelos órgãos policiais contra suspeitos, submetidos a interrogatório, especialmente quando presos¹⁴¹.

Historicamente, conforme Israel e LaFave, aparecem algumas decisões na Suprema Corte, com suporte na Quinta Emenda, nas quais se afastavam confissões obtidas mediante promessas e ameaças (*Hopt v. Utah* – 1884), ou se apontava que a confissão era inválida se não fosse voluntária (*Bram v. U.S.* – 1897)¹⁴².

É de se destacar que, no início do século XX, a Quinta Emenda não era aplicada aos Estados-membros. A Suprema Corte, em decisões sobre o sistema federal, não podia prescrever regras sobre provas para os Estados. Somente em 1964, em um caso que não envolvia confissão (*Malloy v. Hogan*), foi decidido que o *privilege* era aplicável aos Estados¹⁴³.

¹⁴¹ QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo*. op. cit., p.168.

¹⁴² ISRAEL, Jerold H. e LaFAVE R. Wayne. *Criminal procedure. Constitutional limitations*. 6. ed. St. Paul: West Publishing Co., 2001, p.181.

¹⁴³ Idem, *ibidem*, p.182.

Antes do “*leading case*” *Malloy v. Hogan*, a questão da admissibilidade das confissões realizadas no âmbito da polícia era examinada sob o enfoque do *due process of law*, aplicando-se a Décima Quarta Emenda. O critério era, diante da totalidade das circunstâncias, analisar a voluntariedade das declarações.

Desse modo, deveriam ser excluídas confissões obtidas por métodos que poderiam comprometer a verdade (*Ashcraft v. Tennessee* – 1944), ou, na mesma linha, quando os métodos empregados pela polícia repercutiram sobre o valor da confissão (*Watts v. Indiana* – 1949)¹⁴⁴.

A Suprema Corte, destacam Israel e LaFave, continuou examinando a totalidade das circunstâncias, avaliando critérios em torno do tipo de “pressão” que seria admissível em relação ao acusado no interrogatório. Ressaltando os seguintes fatores: abuso físico; ameaças; interrogatório extenso; detenção sem comunicação; recusa ao direito de consultar advogado; características do suspeito; instabilidade emocional; idade; doenças¹⁴⁵.

Em relação à presença de advogado durante o interrogatório, Maria Elizabeth Queijo, apoiada em William B. Lockhart, informa que se decidiu, com base na Sexta Emenda (*Massiah v. U.S.* – 1964), por seis votos a três, que não se poderiam extrair afirmações incriminatórias por uma pessoa sem a presença de advogado e que a confissão obtida nesta circunstância deveria ser excluída¹⁴⁶.

¹⁴⁴ ISRAEL, Jerold H. e LaFAVE R. Wayne. *Criminal procedure. Constitutional limitations*. op. cit., p.179.

¹⁴⁵ Idem, *ibidem*, p. 185.

¹⁴⁶ QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo*. op. cit., p.171.

Ainda em 1964, continua a autora mencionada, decidiu-se, em *Escobedo v. Illinois*, que vícios na fase de interrogatório, anteriormente ao indiciamento, afetavam todo o julgamento. No caso, o suspeito havia requerido a presença de advogado, o que foi recusado, e, além disso, não foi advertido quanto ao direito ao silêncio.

Em 1965, a Suprema Corte entendeu, em *Griffin v. Califórnia*, que os comentários do acusador ou do juiz sobre a recusa do acusado de submeter-se ao juramento violavam a Quinta Emenda, com suporte neste julgado é que deve haver instrução do júri de que o silêncio do acusado deve ser desconsiderado¹⁴⁷

O “*leading case*” por excelência em matéria de interrogatório, foi decidido em 1966 pela Suprema Corte, por cinco votos a quatro, em *Miranda v. Arizona*, estabelecendo requisitos para os interrogatórios realizados sob custódia, com apoio na Quinta Emenda.

Em março de 1963, Ernesto Miranda foi preso em sua casa em Phoenix, no Estado americano do Arizona, conduzido a uma sala de interrogatórios e interrogado por dois policiais. Duas horas mais tarde os policiais tinham a confissão assinada por Miranda, onde ele declarava que a confissão havia sido voluntária, sem ameaças ou promessas de imunidade e com o conhecimento de seus direitos. Contudo, os policiais admitiram que Miranda não havia sido alertado quanto ao direito de ter advogado presente.

¹⁴⁷ ISRAEL, Jerold H. e LaFAVE R. Wayne. *Criminal procedure. Constitutional limitations*. op. cit. p. 467.

Da decisão em *Miranda v. Arizona* foi extraído um conjunto de regras sobre a confissão e o interrogatório, conhecidos e referidos como os direitos de *Miranda* (*Miranda rights*) ou os benefícios de *Miranda* (*Miranda benefits*), ou ainda, as garantias de *Miranda* (*Miranda guarantees*) que Maria Elizabeth Queijo sintetiza como¹⁴⁸:

- reconhecimento do direito ao silêncio do acusado, com possibilidade efetiva de seu exercício;
- aplicação das regras quando o indivíduo está preso ou com a liberdade cerceada de modo significativo;
- o acusado deve ser informado do direito ao silêncio, antes de formulada qualquer indagação;
- deve ser alertado também de que o que disser pode ser usado contra si;
- deve ser informado de que tem direito a consultar advogado e que pode ter sua assistência durante o interrogatório;
- deve ser informado ainda que, se não possui condições financeiras, poderá ser-lhe indicado advogado;
- o *privilege* pode ser exercido em qualquer fase do procedimento, inclusive antes de ser interrogado;
- a recusa ao advogado, no interrogatório, ou ao *privilege against self-incrimination* não pode ser presumida, deve ser demonstrada;
- as declarações obtidas com violação das regras retromencionadas não podem ser admitidas como prova; e
- o exercício do *privilege against self-incrimination* não pode ser penalizado de qualquer forma e, em decorrência, a acusação não pode explorar o silêncio do acusado como argumento.

Inicialmente, em *Miranda*, entendeu-se que estas regras, em si, gozavam de proteção constitucional direta. Posteriormente, a Suprema Corte, em *Michigan v. Tucker*, em 1974, entendeu que as regras se destinavam a reforçar a proteção

¹⁴⁸ QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo*. op. cit., p.173.

do direito contra auto-incriminação compulsória, mas não eram direitos tutelados pela Constituição.

Israel e LaFave informam que as regras decorrentes de *Miranda* foram bastante criticadas. Argumentava-se que não seria mais possível obter confissões policiais diante do que foi estabelecido. Contudo, apontam, na prática, a polícia continuou obtendo confissões, como ocorria antes de *Miranda*¹⁴⁹.

Da interpretação das regras de *Miranda*, vem algumas considerações pertinentes, como quanto ao fato delas serem aplicáveis aos crimes de trânsito e outras ofensas menores, o que não era o entendimento das Cortes inferiores, entretanto, a Suprema Corte decidiu em *Berkemer v. McCarty*, em 1984, que as garantias de *Miranda* aplicavam-se também as infrações de trânsito.

Em outros julgamentos, notadamente *Mathis v. U.S.* (1968), *Baxter v. Palmigiano* (1976) e *Aleen v. Illinois* (1986), decidiu-se que as regras de *Miranda* incidiam somente sobre procedimentos de natureza criminal, excluindo-se procedimentos tributários e casos em que poderia haver prisão administrativa.

Quanto à definição do que seria “custódia” para fins de aplicação das regras de *Miranda*, considerou-se que nem sempre a presença na polícia significa custódia ou prisão nos moldes de *Miranda*. A simples notificação para comparecer à polícia não enseja a aplicação das regras de *Miranda* (*Dunaway v. New York* – 1979). Dessa forma, como decidido em *Oregon v. Mathiason*, em

¹⁴⁹ ISRAEL, Jerold H. e LaFAVE R. Wayne. *Criminal procedure. Constitutional limitations*. op. cit. p.203.

1977, e *California v. Beheler*, de 1983, se o acusado comparece espontaneamente à polícia ou concorda em acompanhar os agentes até as dependências policiais para ser ouvido, não estaria caracterizado o interrogatório sob custódia, para fins de aplicação das garantias de *Miranda*.

Quando o interrogatório fosse realizado em ambiente familiar ou neutro, há a inclinação de não se reconhecer a existência de uma situação similar à custódia policial, contudo, as circunstâncias específicas deveriam ser cuidadosamente examinadas, caso a caso. Nesse sentido, a diferenciação do entendimento em *Orozco v. Texas*, em 1969, no qual o acusado foi interrogado por policiais em seu quarto, às quatro horas da madrugada e se considerou que havia custódia, e em *Minnesota v. Murphy*, em 1984, onde se concluiu que os encontros entre o acusado e a policial que conduzia a investigação não podiam ser considerados custódia, já que os encontros eram marcados segundo a conveniência de ambos.

Em 1980, em *Rhode Island v. Innis*, a Suprema Corte definiu o sentido do termo “interrogatório” para aplicação das garantias de *Miranda*, estabelecendo que este se limita àquelas situações em que a polícia dirige perguntas diretamente ao suspeito.

Em *Illinois v. Perkins*, em 1990, decidiu-se que se o suspeito não tem ciência de que está conversando com um policial, não existe a atmosfera coercitiva que implicaria no reconhecimento das garantias de *Miranda*, mas

reconheceu-se igualmente que a proteção contra auto-incriminação ocorre em todos os atos praticados pela polícia que tenham função semelhante ao interrogatório.

Quanto à advertência em si, não se exigem fórmulas sacramentais, como se costuma visualizar no cinema, mas a advertência deve refletir o conteúdo das regras de *Miranda* de modo claro (*California v. Prysock* – 1981), sendo que, mesmo que o acusado informe ao policial de que já conhece o conteúdo das regras, ainda assim deverá ser advertido.

Em relação à renúncia do *privilege*, o entendimento é de que não pode haver presunção (*Tague v. Louisiana* – 1980), além disso, a renúncia não pode ser fruto de coação, mas de livre escolha do acusado. De todo modo, tem-se considerado que há renúncia involuntária quando houver promessas e ameaças, depois de prisão prolongada ou questionamento insistente (*Moran v. Burbine* – 1986).

Havendo mais de um interrogatório, é admissível a renúncia em interrogatório subsequente quando no primeiro o acusado não renunciou (*Michigan v. Mosley* – 1975)

Quanto à ampliação da proteção do *privilege* às testemunhas, é perfeitamente admissível, em relação a potenciais persecuções criminais (*Murphy v. Waterfront Commission of New York Harbor* – 1964), contudo, o *privilege* não oferece proteção ao perjúrio, a testemunha tem o direito de calar, mas não tem o

de mentir. Ressalte-se, quanto ao perjúrio, que já se decidiu que a não compreensão, por parte da testemunha, da advertência referente ao *privilege* não descaracteriza o falso testemunho praticado por ela (*U.S. v. Wong* – 1977).

No caso de violação à Quinta Emenda, como elucidam Israel e LaFave, via de regra, se as declarações do acusado forem obtidas por meio de métodos que constituam compulsão à auto-incriminação, deverá haver a exclusão da prova, entretanto, em algumas situações, como em *New York v. Quarles*, de 1984, a Suprema Corte tem invocado a segurança pública para justificar a utilização de declarações prestadas pelo acusado, mesmo que não se tenham observado as regras de *Miranda*¹⁵⁰.

A Suprema Corte entendeu, em 1985, em *Oregon v. Elstad*, que a doutrina dos “*fruits of the poisonous tree*”, não é aplicável às violações à Quinta Emenda, salientando que esta teoria foi construída em atenção a infringências à Quarta Emenda, que proíbe a devassa injustificada do lar e a revista injustificada do indivíduo. Segundo decidiu a Suprema Corte, uma segunda confissão obtida, quando na primeira houve violação às regras de *Miranda*, deve ser avaliada quanto à voluntariedade das declarações e não pelo prisma da “*fruits doctrine*”

151 .

A Quinta Emenda deu azo a duas interpretações do *privilege*. A primeira delas decorreu de *Miranda*, reconhecendo o direito ao silêncio aos acusados e

¹⁵⁰ ISRAEL, Jerold H. e LaFAVE R. Wayne. *Criminal procedure. Constitutional limitations*. op. cit. p. 258.

¹⁵¹ ISRAEL, Jerold H. e LaFAVE R. Wayne. *Criminal procedure. Constitutional limitations*. op. cit. p. 306-307.

suspeitos, assim, o acusado teria a livre escolha de responder ou de recusar-se a fazê-lo¹⁵².

A segunda interpretação, também da Suprema Corte, deu ênfase à proibição de métodos impróprios de interrogatório do acusado, considerando que o texto da Quinta Emenda se refere ao termo compelido (*compelled*), daí, ressaltou-se que nem toda forma de persuasão implica compulsão e somente algumas técnicas de interrogatório seriam proibidas pelo *privilege*.

Predominou a primeira interpretação, que tutela o direito ao silêncio do acusado.

R. H. Helmholz informa que, mais recentemente, passou-se a sustentar que o direito ao silêncio, protegido pelo *privilege*, era incompatível com a moralidade comum, citando como exemplo um caso ocorrido em 1996, no qual o motorista de uma “Chevy Blazer” atropelou e matou três adolescentes, à noite. Depois que a polícia localizou o veículo o proprietário se recusou a informar quem estava dirigindo o veículo. O mesmo autor aponta que outro caso que foi examinado sob essa ótica foi o de O. J. Simpson¹⁵³.

3.10.3 Direito alemão

¹⁵² QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo*. op. cit., p. 180.

¹⁵³ HELMHOLZ, R.H. et al., *The privilege against self-incrimination: its origins and development*. op. cit., p.182-184..

Theodomiro Dias Neto aponta que não há dispositivo constitucional específico com relação ao direito ao silêncio do acusado. Contudo, há que se considerar que tal princípio encontra-se incorporado no direito alemão, com envergadura constitucional, por força do disposto no art. 14, n.3, do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, que estabelece que o acusado não é obrigado a declarar contra si mesmo, e que foi ratificado pela Alemanha em 17 de dezembro de 1973¹⁵⁴.

Esclarece, o referido autor, que o processo penal alemão reconhece o direito ao silêncio e a presunção de inocência em favor do acusado. Daí, não só o acusado tem o direito de se calar, como as testemunhas podem se recusar a responder determinadas perguntas que possam incriminá-las, ou incriminar um familiar.

No interrogatório, primeiramente o acusado deverá ser cientificado do fato que lhe é imputado e dos preceitos aplicáveis, depois, segue-se o interrogatório pessoal, com perguntas referentes à sua pessoa.

Theodomiro Dias Neto ressalta que nessa primeira fase não incidiria o direito ao silêncio. Porém, aponta que parte da doutrina alemã, citando como referências Eser e Müller-Dietz, entende que a proteção do direito ao silêncio

¹⁵⁴ DIAS NETO, Theodomiro. O direito ao silêncio: tratamento nos direitos alemão e norte-americano. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, op. cit , p. 186.

deveria incluir a oferta de dados pessoais. Isto porque, em certos casos, o simples fato de fornecer a identidade equivaleria à confessar a autoria do crime¹⁵⁵.

Superada esta fase do interrogatório, o juiz deverá advertir o acusado quanto ao direito de permanecer calado, indicando que é livre para prestar declarações ou não sobre os fatos ou sobre sua culpa e, também, que poderá, se quiser, consultar um advogado antes da próxima fase do interrogatório.

Por fim, realiza-se o interrogatório sobre o fato e suas circunstâncias, não podendo, nesta fase, ser incluídas perguntas sobre os antecedentes do acusado.

Além da advertência quanto ao direito ao silêncio, o legislador proibiu determinados métodos de interrogatório. Assim, não se poderão empregar maus-tratos, esgotamento, administração de drogas, engano ou hipnose. Também são vedados métodos que possam influenciar a livre decisão do acusado quanto a responder ou não, tais como ameaças e promessas de vantagens.

A jurisprudência tem incluído entre os métodos proibidos de interrogatório, a utilização de detector de mentiras.

Nenhum destes métodos poderá ser utilizado, nem mesmo com o consentimento do acusado. Caso alguma destas proibições for violada, as

¹⁵⁵ DIAS NETO, Theodomiro. *O direito ao silêncio: tratamento nos direitos alemão e norte-americano*. Op. cit., p.193.

declarações do acusado não poderão ser utilizadas, ocorrendo o mesmo se não se advertiu quanto ao direito ao silêncio.

Finalizando, há o dever de comparecimento do acusado ao interrogatório, para o qual pode ser conduzido coercitivamente, tanto por determinação do juiz quanto do representante do Ministério Público, ficando, no último caso, sujeita ao controle jurisdicional.

3.10.4 Direito Italiano

Embora a Constituição italiana não reproduza expressamente o direito ao silêncio, Maria Elizabeth Queijo entende que ele se insere no direito à autodefesa, tutelado no art. 24, n.2, e na presunção de inocência, disposta no art. 27, n.2, ambos do texto constitucional¹⁵⁶.

O Código de Processo Penal ora em vigor, estabelece, no título dedicado ao acusado, algumas regras para evitar qualquer fraude com relação aos direitos e garantias do acusado, inclusive a faculdade de não responder ao interrogatório.

Segundo a autora mencionada, o art. 61 do diploma processual penal italiano, determina que os direitos e garantias do acusado são estendidos a qualquer pessoa submetida às investigações¹⁵⁷.

¹⁵⁶ QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo*. op. cit., p.127.

¹⁵⁷ QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo*. op. cit., p.128

No mesmo sentido, aduz a autora em questão, o art. 63 do mesmo diploma legal, prescreve que se forem prestadas declarações perante autoridade judiciária ou à polícia judiciária, por pessoa que não acusada nem submetida a investigações, das quais advenham indícios da prática de algum crime, em seu prejuízo, a autoridade deverá interromper o ato, informá-la de que de tais declarações poderá ser desencadeada investigação criminal, propondo que ela nomeie um defensor.

O mesmo artigo dispõe que as declarações anteriormente prestadas, nessas condições, não podem ser utilizadas.

Interessa notar que, com a inutilização das declarações prestadas antes da advertência quanto à modificação da situação processual do depoente, o que se quis foi impedir qualquer tentativa de fraude com relação ao direito ao silêncio.

O legislador italiano refere-se, ainda, no art. 64, n.3, *a*, à advertência, antes de iniciado o interrogatório, da faculdade do acusado não responder e de que se o acusado não responder o prosseguimento prosseguirá, não se fazendo, contudo, menção alguma a esse respeito.

A faculdade de não responder incide sobre o interrogatório de mérito, tanto que Maria Elizabeth Queijo ressalta que não se reconhece o direito ao silêncio em relação à verificação de identidade, sendo que o juiz deverá advertir

o acusado quanto às consequências de recusar-se a fornecer os dados de sua identificação ou fornecê-los falsamente¹⁵⁸.

O juiz, no início do interrogatório de mérito, logo depois de cientificar o acusado, quanto à faculdade de não responder, deverá informar-lhe, de modo claro, sobre os fatos que lhe imputados e das provas existentes. Na seqüência, o acusado será convidado a informar o que julgar útil para sua defesa e serão formuladas perguntas pelo juiz.

O Código de Processo Penal italiano admite a condução coercitiva do acusado para o interrogatório e para a acareação.

¹⁵⁸ QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo*. op. cit., p.130.

3.11 O direito ao silêncio e a instrução probatória

No processo penal, freqüentemente sustenta-se a obrigatoriedade de o acusado submeter-se as provas cuja produção é determinada pelo juiz ou pela autoridade policial. Referido posicionamento é fortemente impregnado pela idéia de busca da verdade real. E em parte, constitui resquício da concepção de que o acusado é objeto da prova no processo penal.

Inegavelmente, o direito ao silêncio representa barreira à atividade investigatória e probatória ilimitada por parte do Estado.

Os ordenamentos jurídicos assimilaram, em regra, a incidência do direito ao silêncio no interrogatório, principalmente, e vedando determinados métodos de interrogatórios que conduzam a auto-incriminação e que violem a integridade física e moral do acusado.

Ainda assim, se não se chega ao extremo de compelir o acusado, mediante violência ou coação, a responder ao interrogatório, têm-se admitido, em alguns ordenamentos, fortes estímulos à cooperação do acusado, como extrair inferências do seu silêncio.

A questão do reconhecimento do direito ao silêncio, com relação às provas que dependem da colaboração do acusado em sua produção, se apresenta polêmica.

Contrapõe-se, na referida questão, com maior ênfase o interesse público, na persecução penal e o interesse do indivíduo, que se refere à observância dos direitos e garantias fundamentais.

Interessa buscar uma conceituação de interesse público em Celso Antônio Bandeira de Mello, que assinala que “o interesse público deve ser conceituado como o interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos *pessoalmente* têm quando considerados *em sua qualidade de membros da Sociedade, pelo simples fato de o serem*” ¹⁵⁹(grifos do autor).

Revela-se com maior intensidade, uma tensão que é inerente ao processo penal, entre o interesse da sociedade e o interesse individual.

Logicamente, a prevalência absoluta de um desses interesses, na persecução penal, não gera soluções adequadas.

Se, em dado ordenamento jurídico, sobrepõe-se, de todas as formas, o interesse público na persecução penal, estabelece-se um direito à prova ilimitado por parte do Estado, não há vedações de meios probatórios, não há regras de admissibilidade e de exclusão de provas, nem restrições à valoração destas. Em suma, não há ilicitude da prova. Tudo se justifica em prol da busca da verdade, perseguida a qualquer preço. É a fórmula adotada, em regra, nos Estados autoritários.

¹⁵⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 59

No outro extremo, em contraponto, havendo prevalência absoluta do interesse individual, a persecução penal estaria fadada ao fracasso. Não se admitiria, sob esse prisma, nenhuma limitação aos direitos fundamentais. A esse respeito, Helmholtz afirma que alguns comentadores salientaram que transformar o *privilege against self-incrimination*, presente na Constituição Americana, em regra absoluta, “destruiria o objetivo legítimo de punir crimes”.¹⁶⁰

Deve-se destacar, porém, que a contraposição que se costuma identificar entre o interesse público e o interesse individual, no processo penal, é apenas aparente. Com efeito, Theodomiro Dias Neto, afirma que “é também interesse da coletividade que o processo se desenvolva dentro das formas da lei, de tal forma que ninguém seja acusado ou condenado injustamente”¹⁶¹.

Da mesma forma, Celso Antônio Bandeira de Mello, com relação à tendência de contrapor o interesse público ao individual, destaca que:

ao se pensar em interesse público, pensa-se, habitualmente, em uma categoria contraposta à de interesse privado, individual, isto é, ao interesse pessoal de cada um, isto acentua um falso antagonismo entre o interesse das partes e o interesse do todo, dando lugar à errônea suposição de que se trata de um interesse desvinculado dos interesses das partes que integra¹⁶².

¹⁶⁰ HELMHOLZ, R.H. et al., *The privilege against self-incrimination: its origins and development*. op. cit., p. 76.

¹⁶¹ DIAS NETO, Theodomiro. *O direito ao silêncio: tratamento nos direitos alemão e norte-americano*. Op. cit., p. 183.

¹⁶² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. Op. cit., p. 57.

Logicamente, também há interesse público na construção de um processo penal ético, no qual se respeitem os direitos e garantias fundamentais do indivíduo.

Assim, não poderá ser inviabilizada a persecução penal, pelo reconhecimento de direitos fundamentais ilimitados, mas não será possível, igualmente, que os referidos direitos sejam aniquilados, dando margem ao direito à prova ilimitado, mesmo, ressalte-se, com o pretexto de combater a criminalidade crescente e organizada.

3.11.1 Provas que implicam intervenção corporal

Há provas no processo penal, que para sua produção, exigem intervenção corporal no acusado, a qual poderia ser definida como a realização de atos de investigação ou obtenção de provas no corpo do próprio acusado.

Para a produção destas provas, além do direito ao silêncio, outros valores estão igualmente envolvidos e que, do mesmo modo, constituem direitos fundamentais: o direito à liberdade, à intimidade, à dignidade humana e à intangibilidade corporal, mencionando, ainda, o princípio de que ninguém pode ser obrigado a produzir prova contra si próprio.

As provas que implicam intervenção corporal no acusado podem ser invasivas ou não invasivas. Consideram-se invasivas as intervenções corporais

que pressupõem penetração no organismo humano, por instrumentos ou substâncias, em cavidades naturais ou não. Exemplificando, entre as provas invasivas, podem ser enumeradas diversas perícias, como os exames de sangue em geral, o exame ginecológico, a identificação dentária.

As provas não invasivas compreendem outras tantas perícias, como os exames de DNA realizados à partir de fios de cabelo e pêlos; as identificações dactiloscópica, ou de impressões dos pés, unhas ou palmar, ou até mesmo a radiografia.

Quanto às provas invasivas, como apontado, são específicas de diversos tipos de perícias realizadas por meio de intervenções corporais.

Os exames de sangue, de modo geral, constituem provas invasivas e, no processo penal, são realizados com a finalidade de identificar a autoria do delito ou mesmo excluir pessoas suspeitas da prática do crime.

Almeida Júnior e Costa Júnior, assinalam a importância do estudo das manchas de sangue encontradas no local do crime, em especial nos casos referentes à homicídios, infanticídios, abortos, crimes contra a liberdade sexual e lesões corporais¹⁶³.

Antes do surgimento dos exames de DNA, como apontam os autores mencionados, eram utilizados os exames de sangue com base no sistema ABO, MN e Rh, fundamentalmente para excluir a autoria e não para confirmá-la, desse

¹⁶³ ALMEIDA Jr., A. e COSTA Jr., J. B. de O. *Lições de medicina legal*. 19 ed. São Paulo; CEN, 1987, p. 90-91.

modo, sustentam, se o sangue do suspeito e o sangue da mancha localizada tivessem idêntica classificação, o problema seria, na época, insolúvel¹⁶⁴

O desenvolvimento dos exames de DNA, na década de 80, dado o alto grau de probabilidade que apresentam, deu lugar a uma verdadeira revolução científica, e, por via reflexa, jurídica, no que tange às provas.

Ressalte-se que no processo civil, o exame de DNA passou a ser considerado prova decisiva nas ações de investigação de paternidade.

Dessa forma, pelo alto grau de probabilidade revelado pelos exames de DNA, a expectativa de cooperação do acusado, para a realização do exame, aumentou sensivelmente.

Em termos meramente históricos, Maria Elizabeth Queijo informa que a primeira vez que se utilizou a prova de DNA, foi em 1986, na Inglaterra¹⁶⁵.

Dado o caráter científico da prova, há que se ter cuidado especial sobre o controle feito sobre a validade do estudo da população enfocada, de modo a excluir uma coincidência entre os códigos genéticos, bem como da cientificidade e confiabilidade do método de investigação adotado no DNA, além do emprego correto das técnicas conhecidas e de uma interpretação racional dos dados obtidos.

¹⁶⁴ ALMEIDA Jr., A. e COSTA Jr., J. B. de O. *Lições de medicina legal*. Op. cit., p.100.

¹⁶⁵ QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo*. op. cit., p. 248.

Além do exame de DNA, o exame de sangue presta-se à constatação da embriaguez por álcool e à identificação da presença de entorpecentes no organismo.

Outro humor corporal que pode ser utilizado como meio de prova é a saliva, especialmente em exames de DNA, sendo apontada como principal vantagem em sua utilização, a facilidade de obtenção da amostra, que não requer prática invasiva, sendo encontrada descartada e mesmo no lixo, em materiais como pontas de cigarro, latas de bebidas, chicletes e outros.

Pode-se citar como exemplo de técnicas invasivas para produção de prova, o exame ginecológico, realizado especialmente em casos de crimes sexuais e abortos.

A endoscopia, utilizada para localizar a presença de invólucros contendo droga dentro do organismo humano, é outro exame invasivo.

A identificação dentária também emprega técnica invasiva, quando se faz necessário a confecção de molde dos dentes do averiguado para comparação.

As provas realizadas mediante intervenção corporal não invasiva têm especial interesse para o processo penal, uma vez que conciliam as exigências da persecução penal com o respeito aos direitos fundamentais.

3.11.2 Provas que não implicam intervenção corporal

Há provas que, embora não acarretem intervenção corporal no acusado, dependem de sua cooperação para ser produzidas.

Dentre estas provas, apenas o reconhecimento não pressupõe uma ação por parte do acusado, sendo que as demais: a acareação, a reconstituição do fato, o exame grafotécnico, o etilômetro e o exame clínico para verificação da embriaguez, todas dependem de uma ação por parte do acusado.

Acrescente-se ainda, no rol exposto, a prova documental quando depende de intimação para o acusado entregar documentos que estejam em seu poder.

Camargo Aranha define o reconhecimento como “meio processual de prova, eminentemente formal, pelo qual alguém é chamado para verificar e confirmar a identidade de uma pessoa ou coisa que lhe é mostrada com outra que viu no passado”.¹⁶⁶

O reconhecimento de pessoa é regulamentado no Código de Processo Penal, nos artigos 226 a 228, devendo ser observadas diversas formalidades para que se evite que o reconhecedor seja sugestionado ou direcionado a reconhecer determinada pessoa. De todo modo, é considerado meio de prova arriscado e difícil.

¹⁶⁶ ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo, *Da prova no processo penal*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 208

Já a acareação é definida pela doutrina como “ato processual de natureza probatória, pelo qual duas ou mais pessoas são colocadas em confronto, frente a frente, para que elucidem pontos controvertidos de seus depoimentos e de natureza relevante para a solução da causa”.¹⁶⁷

A acareação é admitida entre acusados, entre acusados e testemunhas, entre testemunhas, entre acusado ou testemunha e a pessoa ofendida, a teor do disposto no art. 229 do Código de Processo Penal.

Não disciplina a lei processual penal a hipótese em que o acusado se ausente da acareação. Ou, estando presente, porque conduzido em razão de prisão, se está obrigado a submeter-se a ela.

De todo modo, a acareação pressupõe a cooperação do acusado, revelada no comparecimento e em suas manifestações.

Já a reconstituição do fato foi prevista no art. 7º do diploma processual penal, dentre as diligências que poderão ser determinadas pela autoridade policial, sendo reconhecido seu caráter probatório.

Dentre as vantagens indicadas pela medicina legal, da reconstituição, encontram-se, a maior facilidade de se descobrir fraude ou extorsão na obtenção de confissão e também reavivar a memória do acusado e das testemunhas a respeito dos fatos ocorridos.

¹⁶⁷ ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo, *Da prova no processo penal*. op. cit., p.128.

Igualmente, a reconstituição implica a presença do acusado, bem como sua participação ativa.

Quanto ao exame grafotécnico, este implica a coleta de material gráfico do acusado ou então que este reconheça sua autoria em algum escrito que servirá de parâmetro para a comparação. Ambos os casos demandam cooperação do acusado, seja escrevendo frases ou indicando o escrito de sua autoria.

O Código de Processo Penal disciplina, em seu art. 174, o referido exame, determinando a intimação da pessoa a quem se atribui o escrito, sendo que, no inciso IV do referido artigo, indica que a autoridade “mandará que a pessoa escreva o que lhe for ditado”.

O etilômetro, popularmente chamado de “bafômetro”, destina-se, precipuamente, à constatação da embriaguez em crimes de trânsito, tendo o seu uso regulamentado pela resolução nº 52, de maio de 1998, do CONTRAN.

Para a utilização do etilômetro há que haver a cooperação ativa do suspeito, que deve produzir um sopro no aparelho, que possibilitará a medição do álcool no ar alveolar, o que permite estimar a concentração de álcool no sangue.

Finalmente, dentre as provas não invasivas, que dependem de colaboração do acusado, temos o exame clínico de embriaguez, o qual é composto por uma série de testes, quais sejam: aparência, atitude, orientação, memória, faculdade de descrição, prova de cálculo, elocução, andar, coordenação motora, escrita, pulso, hálito.

Quanto à prova documental, não é da sua essência a necessidade de cooperação do acusado, contudo, há situações excepcionais em que este pode ser chamado a colaborar, quando, por exemplo, for intimado a entregar documentos que estejam em seu poder e que, por ventura, tenham conteúdo auto-incriminatório.

3.11.3 Posicionamento no direito brasileiro

Não há, em nossa legislação processual penal, regras específicas que estabeleçam, de forma expressa, o dever de colaboração do acusado.

Diante dessa ausência, tem predominado o entendimento de que a recusa do acusado em submeter-se à prova não configura crime de desobediência, nem pode ser interpretada em seu desfavor, já que não há indicação legal que afaste a incidência do direito ao silêncio.

O Supremo Tribunal Federal tem afastado o dever de colaboração do acusado na produção das provas no processo penal, nos casos em que se exigir do acusado, para sua produção, uma colaboração ativa.

Anteriormente à Constituição em vigor, em julgado datado de 1987, a Corte Máxima decidiu, por unanimidade, que configura crime de constrangimento

ilegal a decretação de prisão preventiva de indiciados, diante da recusa em participar de reconstituição de crime.¹⁶⁸

Em 1991, a Corte Suprema, dessa vez por maioria, voltou a decidir quanto à reconstituição do fato, salientando seu caráter eminentemente probatório, que o acusado não pode ser compelido a dela participar, sob pena de configurar-se constrangimento ilegal.¹⁶⁹

No que diz respeito ao exame grafotécnico, o Supremo Tribunal Federal decidiu, à unanimidade, em 1998, que o indiciado não pode ser compelido a fornecer padrões gráficos do próprio punho, para exames periciais, sendo cabível apenas sua intimação para ofertar o material, já que, como considerou o Tribunal, a comparação gráfica tem caráter essencialmente probatório e, destarte, não pode o acusado ser compelido a produzir prova capaz de conduzir à caracterização de sua culpa. No mesmo julgado foi afastada a possibilidade de a autoridade policial determinar a oferta de material gráfico, sob pena de desobediência.¹⁷⁰

Dessa forma, pode-se afirmar que a orientação predominante na jurisprudência pátria, não reconhece a existência de dever de colaboração do acusado na produção de provas que dependam de sua participação ativa. Daí, a recusa do acusado em submeter-se as provas, que dependam de sua colaboração,

¹⁶⁸ RHC 64.354-SP, Pleno, Rel. Min. Sydney Sanches, j. 01/07/1987.

¹⁶⁹ HC 69.026-DF, 1ª T., Rel. Min. Celso de Mello, j. 10/11/1991.

¹⁷⁰ HC 77.135-SP, 1ª T., Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 08/09/1998

não configura crime de desobediência e nem se pode extrair dessa recusa presunção de culpabilidade.

Interessante julgado do Supremo Tribunal Federal, em análise de pedido formulado em carta rogatória, reconhece, incidentalmente, o direito de não colaborar na produção de provas que possam incriminar o indivíduo, textualmente;

Examinando agravo regimental contra decisão que concedera *exequatur* a carta rogatória, o Tribunal, preliminarmente, proclamou a ausência de preclusão quanto à matéria nele veiculada, que fora objeto de impugnação apresentada intempestivamente (RISTF, art. 226), por se tratar de objeção à ordem pública, que poderia ser apreciada de ofício. Em seguida, o Tribunal, por maioria, embora entendendo possível a concessão de *exequatur* em carta rogatória para a citação de brasileiro, residente no Brasil, para responder a processo penal perante a Justiça rogante por ato praticado no exterior, condicionou as diligências relativas ao interrogatório e ao exame de sanidade mental do acusado à juntada de cópia integral da ação penal, para que tenha ciência dos fatos de que é suspeito, assegurado o direito ao silêncio. Quanto aos requerimentos de exumação de cinzas de uma suposta vítima, de registros residenciais e de exame grafotécnico, o Tribunal concedeu o *exequatur*, salientando que não poderá ser o interessado compelido a fornecer padrões gráficos do próprio punho, em face do privilégio contra a auto-incriminação, permitindo, ainda, a presença de autoridades estrangeiras para acompanhar as diligências requeridas, com a ressalva de que não poderão interferir no cumprimento delas nem nos atos processuais a serem praticados. Vencidos o Min. Nelson Jobim, que desprovia o agravo, e o Min. Marco Aurélio, que o provia para assentar a impossibilidade de execução da carta rogatória por entender aplicável à espécie o art. 7º, II, b, do CP ("Art. 7º. Ficam sujeitos à lei brasileira, embora cometidos no estrangeiro: [...] II - os crimes: [...] b) praticados por brasileiro;").¹⁷¹

¹⁷¹ AgRg CR 9.191. Rel. Min. Carlos Velloso, j. 08/08/2001, informativo de jurisprudência nº 236.

Na doutrina também há o entendimento de que o acusado não tem o dever de fornecer elementos de prova contra si mesmo.

Com efeito, Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho, apontam que “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 obrigado a fazer prova contra si mesmo”¹⁷².

Interessante colocação é formulada por Antonio Magalhães Gomes Filho, com relação às intervenções corporais no acusado, para a produção de provas, esclarece o autor que:

O que se deve contestar em relação a essas intervenções, é a violação do direito à não auto-incriminação e à liberdade pessoal, pois se ninguém pode ser obrigado a declarar-se culpado, também deve ter assegurado o seu direito a não fornecer provas incriminadoras contra si mesmo. 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. Em matéria civil, a questão tem sido resolvida segundo as regras de divisão do ônus da prova, mas no âmbito criminal, diante da presunção de inocência, não se pode constranger o acusado ao fornecimento dessas provas, nem de sua negativa inferir a veracidade do fato.¹⁷³

¹⁷² GRINOVER, Ada Pellegrini, FERNANDES, Antonio Scarance e GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *As nulidades do processo penal*. op. cit, p. 116.

¹⁷³ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. op. cit , p. 119.

Analisando a acareação, Tourinho Filho sustenta que a mera determinação de realização da acareação não fere o direito ao silêncio porque o acusado não será obrigado a confessar ou a se desdizer.¹⁷⁴

O mesmo autor, acerca da recusa do réu em participar da reconstituição do fato, manifesta-se no sentido de que:

De regra a reprodução é feita pelo próprio indiciado. E se este a tanto se opuser? Não comete nenhuma infração. Se ele não é obrigado a acusar a si próprio, se ele tem o direito constitucional de permanecer calado, não teria, como não tem sentido, ser eventualmente processado por desobediência pelo simples fato de se recusar a contribuir para a descoberta de ‘alguma prova’ contra ele.¹⁷⁵

No mesmo diapasão, Antonio Scarance Fernandes sustenta que “como decorrência desse direito do réu a não se incriminar, não se admite que a eventual recusa de colaboração para produção de prova contra sua pessoa possa configurar crime de desobediência”.¹⁷⁶

Assim, tem predominado na doutrina o entendimento de que não se admitem medidas coercitivas contra o acusado para compeli-lo a cooperar na produção das provas, sua recusa não configura crime de desobediência e não se pode, igualmente, extrair da sua recusa a veracidade da imputação, nem presunção de culpabilidade.

¹⁷⁴ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. op. cit, p.335.

¹⁷⁵ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. op. cit, p. 254.

¹⁷⁶ FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo penal constitucional* op. cit , p.268.

CONCLUSÃO

Do estudo desenvolvido sobre os aspectos penais da garantia constitucional do direito ao silêncio, pode-se recapitular algumas conclusões.

O direito ao silêncio é decorrência automática do princípio de que ninguém é obrigado a se auto-incriminar, tendo aparecido no período do Iluminismo, especialmente no interrogatório do acusado. A possibilidade de constituir advogado para o desenvolvimento da defesa técnica foi decisiva para que o direito ao silêncio fosse reconhecido, já que, enquanto tal prática não era consentida, o silêncio do acusado era postura absolutamente temerária, já que ninguém podia falar em sua defesa.

A evolução do direito ao silêncio o levou a ser agasalhado em diversos diplomas internacionais de direitos humanos e a ser reconhecido como direito fundamental.

Logicamente, o respeito aos direitos fundamentais do acusado exige uma moderação nos poderes instrutórios do juiz, que não podem ser ilimitados, ressaltando-se que a persecução penal e a construção de um processo penal ético, ambos são interesses públicos.

O direito ao silêncio é manifestação do direito à intimidade e deve ser reconhecido em todos os interrogatórios durante a persecução penal, esteja o réu preso ou não, além de ser extensivo à pessoa jurídica.

Dada a vedação de que ninguém pode ser obrigado a se auto-incriminar, o direito ao silêncio deve ser reconhecido também aos suspeitos e às testemunhas, sempre que houver possibilidade de incriminação, em declarações tomadas por autoridades de quaisquer dos três Poderes.

A faculdade de silenciar deverá ser objeto de advertência, antes de iniciado o procedimento do interrogatório do acusado, sendo que também a testemunha faz jus ao aviso, em relação às perguntas cujas respostas possam incriminá-la.

Diante da existência do direito ao silêncio e de sua garantia em todos os interrogatórios, são vedados métodos de interrogação ou determinadas técnicas que impossibilitem ao indivíduo o controle exato de sua vontade, determinando, de forma livre, se deseja ou não responder.

Não existe, para o interrogando, o dever de dizer a verdade, não sendo possível a aplicação de sanções por mentir no interrogatório, nem mesmo valorando a mentira, aumentando a pena ou tomando-a por indício de autoria ou culpabilidade.

Igualmente, caso faça a opção por permanecer em silêncio, nenhuma inferência negativa pode advir desta escolha, já que se trata, fundamentalmente, do exercício regular de um direito constitucionalmente garantido.

Inexiste, como corolário do direito ao silêncio, o dever de comparecimento do acusado para ser interrogado, devendo ser alterado o

ordenamento jurídico, para tornar o interrogatório facultativo, a pedido da defesa, eliminando-se a figura da condução coercitiva para este mister.

Para garantir o respeito aos direitos do acusado no interrogatório é imprescindível a presença e atuação da defesa técnica.

Quanto às provas que dependem da cooperação do acusado para sua produção, é de se observar que não existe a obrigatoriedade de sua participação.

Estes, em suma, os apontamentos a que se chega após a análise da questão da garantia constitucional do direito ao silêncio em seus aspectos penais, realçando-se, por oportuno, que sua adoção, pelo direito pátrio, representa clara opção, feita pelo legislador constituinte, em buscar um processo criminal ético, calcado nos princípios da presunção da inocência, da dignidade da pessoa humana e da garantia das liberdades individuais, o que merece louvor.

Há que se pugnar, contudo, para que o direito ao silêncio, como previsto na Carta Maior, não repouse em livros ou textos jurídicos somente, mas ganhe alcance e desenvolvimento maiores, desenvolvendo-se, condicionando os diplomas legais infra-constitucionais, à exemplo da Lei 10.792/2003, que alterou o Código de Processo Penal.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA Jr., A. e COSTA Jr., J. B. de O. *Lições de medicina legal*. 19 ed. São Paulo; CEN, 1987.
- ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo, *Da prova no processo penal*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- ASHWORTH, Andrew. *The criminal process, an evaluative study*. 2 ed. Oxford: Oxford University, 1998.
- AZEVEDO, Antonio Junqueira de. *Negócio jurídico; existência, validade e eficácia*. São Paulo: Saraiva, 1974.
- BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 2ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.
- BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1997.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 10ed. São Paulo: Malheiros, 2000
- CÂNDIDO, Joel J. *Direito eleitoral brasileiro*. 7.ed. Bauru: Edipro, 1998.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 5 ed. Coimbra: Almedina, 1999.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, DINAMARCO, Cândido Rangel e GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*. 11ed. São Paulo: Malheiros, 1995..
- COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 1999.
- DIAS NETO, Theodomiro. O direito ao silêncio: tratamento nos direitos alemão e norte-americano. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 19, p. 179-204, jul./set. 1997
- DINOUART, Abade. *A arte de calar*. Trad. Luís Filipe Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- DUCROT, O. *Dire et ne pas dire*. Paris: Herman, 1972.
- FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo penal constitucional*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- FERREIRA, Wolgran Junqueira. *Direitos e garantias individuais*. Bauru: Edipro, 1997.
- GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1991.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. Aspectos processuais da responsabilidade penal da pessoa jurídica, In: *Temas atuais de direito criminal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, v. 2.

- GRINOVER, Ada Pellegrini, FERNANDES, Antonio Scarance e GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *As nulidades do processo penal*. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 1995.
- HELMHOLZ, R.H. et al., *The privilege against self-incrimination: its origins and development*. Chicago: Universidade de Chicago, 1997.
- ISRAEL, Jerold H. e LaFAVE R. Wayne. *Criminal procedure. Constitutional limitations*. 6. ed. St. Paul: West Publishing Co., 2001.
- LIMA, Luís Costa. *A metamorfose do silêncio*. Rio de Janeiro: Eldorado, 1975.
- LOPES, Miguel Maria de Serpa. *O silêncio como manifestação da vontade nas obrigações*. 3 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1961.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- MITTERMAIER, C. J. A. *Tratado da prova em matéria criminal*. Traduzido por C. A. Alexandre. Campinas: Bookseller, 1997.
- MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- _____. *Direitos humanos fundamentais e a Constituição de 1988*. In: *Os 10 anos da Constituição Federal*. São Paulo: Atlas, 1999.
- NEVES, Serrano. *O direito de calar*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *O valor da confissão como meio de prova no processo penal*. 2.ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- ORLANDI, Eni Puccinelli. *As formas do silêncio no movimento dos sentidos*. Campinas: Editora da Unicamp, 2002.
- QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 6.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.
- SILVA, José Geraldo. *O inquérito policial e a polícia judiciária*. 1. ed. Campinas: Bookseller, 2000.
- SOARES, Guido Fernando Silva. *Common Law: Introdução ao direito dos EUA*. 1.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- TORNAGHI, Hélio. *Curso de processo penal*. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 1990, v.1.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 20.ed. São Paulo: Saraiva, 1998, v.3.
- TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1993.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil parte geral*. São Paulo: Atlas, 2002.