

Beatriz Maria Prates Lippe

**O DIREITO AO SILÊNCIO NA INSTRUÇÃO
CRIMINAL**

**Centro Universitário Toledo
Araçatuba
2006**

Beatriz Maria Prates Lippe

**O DIREITO AO SILÊNCIO NA INSTRUÇÃO
CRIMINAL**

Dissertação apresentada no Curso Mestrado em Direito Área de Concentração Prestação Jurisdicional no Estado Democrático de Direito à Unioleto de Araçatuba-SP como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito.

**Centro Universitário Toledo
Araçatuba
2006**

Banca Examinadora

Prof. Frederico da C. Carvalho Neto

Prof. Samira H. Dal Farra Napolini
Sanches

Prof. Edinilson Donisette Machado

Araçatuba, __ de _____ de _____

DEDICATÓRIA

Dedico o presente trabalho a minha mãe, por todo o apoio recebido e por não poupar nenhum esforço para poder me ajudar nesta busca incessante pelo conhecimento.

AGRADECIMENTOS

Agradeço à minha família, que soube me apoiar, sem cobranças, durante todos os momentos difíceis que passei enquanto realizava este trabalho. Especialmente, agradeço às minhas filhas Yasmin e Francis, e ao meu marido Hugo, que souberam compreender as minhas ausências, sempre expressando carinho e amor.

Recebi também, um grande apoio de meus queridos amigos Ana Cláudia e André Luís, que sempre estiveram ao meu lado me encorajando e incentivando.

Ao Professor Doutor Antônio Scarance Fernandes, agradeço por ter sido uma fonte inesgotável de sabedoria, apoio, inspiração e comprometimento.

Finalmente, agradeço ao Professor Doutor Frederico da Costa Carvalho Neto, por ter me guiado à finalização do trabalho, com a segurança e a qualidade tão necessárias nestes momentos.

“Há, no homem, um território que se chama consciência. Desta, só ele, apenas ele pode dispor. Sua invasão, portanto, ainda que pela autoridade constituída, seja a que pretexto for e por que processo for, é sempre atentado, é sempre ignonímia, é torpe sacrilégio.”

(Serrano Neves- O Direito de Calar. São Paulo,

Freitas Bastos, 1960, p.151)

RESUMO

A Constituição de 1988, cuidou em seu art. 5º dos direitos e deveres individuais e coletivos, e é justamente neste contexto que se insere o direito ao silêncio. A opção de calar, concedida não só ao acusado na fase processual, mas também ao indiciado em inquérito policial, implica em uma história de lutas incessantes travadas ao longo dos séculos, na busca pelos direitos do homem. O Direito ao silêncio, pode apresentar-se tanto como direito do acusado no exercício da autodefesa, como técnica de defesa, segundo orientação de seu defensor. Seja como opção do acusado ou estratégia de defesa, o silêncio não comporta valorações, pois não se pode admitir a idéia de que um direito garantido na Constituição reste fragilizado pela conclusão de que o verdadeiro inocente sempre procurará demonstrar a inveracidade das acusações que lhe são lançadas. Admitir tal hipótese seria inverter a ordem jurídica. Diante da presunção de inocência, cabe ao acusado fornecer ou não sua versão pessoal sobre os fatos que são objetos de prova, fragilizando todas as disposições legais que pretendem forçá-lo à confissão. Portanto, cabe ao Estado democrático de Direito, proteger e manter a inviolabilidade da dignidade inerente a cada pessoa individual e concreta. O direito ao silêncio, apresenta-se como complemento aos princípios do due process of law e ampla defesa, inserindo-se na construção de um processo ético, de respeito à liberdade e dignidade do ser humano.

PALAVRAS- CHAVE: silêncio; processo; auto-defesa; direitos e deveres individuais

ABSTRACT

The Constitution of 1988, in its fifth article, spoke about individual and collective rights and duties, and it is exactly in this matter that it includes the right of silence. The option of clam given to the accused during, the process phase and to the indicted during the policial investigation, applies to endless struggles through the centuries, searching for the human rights. The right of silence can be used either as a right of the accused as an autodefense or as a technic of defense, due to the orientation of the defender. Either an option of the accused or strategy of defense, the silence doesn't takes values, because it is not possible to admit the idea that a right which is supported by the Constitution, becomes weak by the conclusion that the innocent will always try to tell the lies of the accusations. To admit this hypothesis, it would be to switch the juridical order. When you face innocence the accused can or cannot tell facts which are the objects of proof, making all the legal theories weak, which intend to force him to confession. However, the Democratic State of Right, must protect and maintain the dignity unviolation of each person. The right of silence, is presented as a complement to the principles of due process of law and the wide defense, being part of the construction of ethical process, respecting the liberty and dignity of human being.

KEY-WORDS: silence; process; autodefense; individual rights and duties

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
-----------------	----

I- CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE O INSTITUTO

1.1 Prévias considerações	15
1.2 O direito ao silêncio em face ao princípio do <i>nemo tenetur se</i> <i>se detegere</i>	17
1.2.1 Direito ao silêncio em face ao direito à intimidade.....	19
1.3 Origem do instituto.....	21
1.3.1 Sistema anglo-saxão.....	24
1.3.2 Sistema Continental.....	27
1.4 O direito ao silêncio e a internacionalização do processo penal.....	29
1.5 A legislação processual penal mundial e o direito ao silêncio.....	31
1.6 Processo penal e Constituição.....	33
1.6.1 O direito ao silêncio como manifestação do direito de defesa.....	35
1.6.2 O direito ao silêncio e o contraditório.....	36
1.6.3 O direito ao silêncio e a presunção de inocência.....	38
1.7. O silêncio na legislação brasileira.....	39
1.7.1 A advertência quanto ao direito ao silêncio.....	41
1.7.2 Extensão subjetivo do direito ao silêncio.....	43
1.7.3 A relação entre o direito ao silêncio, o conceito de verdade no processo penal e os poderes instrutórios do juiz.....	44
1.7.4 A inexistência do dever de dizer a verdade, <i>o nemo tenetur se detegere</i> e o direito de mentir.....	47

II- O INTERROGATÓRIO E O DIREITO AO SILÊNCIO

2.1 Relação do interrogatório com o direito ao silêncio.....	50
2.2 O direito ao silêncio e a natureza jurídica do interrogatório.....	51
2.2.1 A natureza do interrogatório na legislação brasileira e o Direito ao silêncio.....	53

2.2.2 A delimitação do direito a silêncio no ato do interrogatório.....	59
2.3 O direito ao silêncio em sua plenitude no interrogatório e o <i>nemo tenetur se detegere</i>	60
2.3.1 A obrigação de veracidade.....	61
2.3.2 Dever de veracidade.....	61
2.3.3 Ônus da verdade.....	62
2.3.4 O direito ao silêncio pleno.....	63
2.4 Vedação da utilização de determinados métodos no Interrogatório.....	63
2.5 A fase pré-processual no Brasil.....	66
2.6 O inquérito policial e o direito ao silêncio.....	67
2.6.1 A definição da situação jurídica de indiciado e direito de calar.....	69
2.6.2 Valoração do silêncio no inquérito policial.....	72
2.6.3 A condução coercitiva e o direito ao silêncio.....	73
2.7 A prisão em flagrante e o direito ao silêncio.....	
2.7.1 O desrespeito ao direito ao silêncio no inquérito policial e suas conseqüências no flagrante.....	78
2.8 A comissão parlamentar de inquérito e o direito ao silêncio.....	80
2.8.1 Origem e finalidade da CPI.....	81
2.9 O direito ao silêncio do investigado e o poder de Investigação da CPI	83
2.9.1 O indiciado perante o direito ao silêncio na CPI.....	85
2.9.2 A testemunha e o direito de calar na CPI.....	86
2.9.3 O sigilo profissional do advogado e o direito de calar nas Comissões Parlamentares de Inquérito.....	89

III- O DIREITO AO SILÊNCIO NA FASE PROCESSUAL

3.1 Do exercício do direito ao silêncio na fase judicial.....	91
3.1.1 A apreciação judicial do silêncio: silêncio parcial e total e sua consignação.....	92
3.1.2 O silêncio e o conteúdo do interrogatório judicial.....	96
3.2 O silêncio do acusado perante o tribunal do Júri.....	99
3.2.1 Os antecedentes criminais e o direito ao silêncio.....	99
3.3 Os titulares do direito de calar no processo	100
3.4 Direito ao silêncio e processo cível.....	104
3.5 A prova ilícita e o direito ao silêncio.....	105

3.5.1 Conseqüência da ofensa ao direito ao silêncio em face da prova produzida.....	107
CONCLUSÃO.....	111
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	114

INTRODUÇÃO

O direito ao silêncio apresenta importante dimensão no processo penal, pois viabiliza ao acusado, quando interrogado, o direito de permanecer em silêncio, exercendo sua autodefesa.

Esta opção em silenciar, implica uma exclusão voluntária da relação de diálogo entre a pessoa que está sendo interrogada e a autoridade, o que assegura a liberdade de consciência do acusado, garantindo ao interrogatório enfoque de meio de defesa.

Nesta liberdade de declaração, que o ordenamento reconhece como legítima, é que o acusado deixa de ser objeto da investigação e passa a adquirir qualidade de efetivo sujeito processual.

JUSTIFICATIVA

O direito ao silêncio é a manifestação mais tradicional do direito contra a auto-incriminação (*nemo tenetur se ipsum accusare*/, ou *nemo tenetur se detegere*/ “ninguém é obrigado a se manifestar”, ou *nemo contra se edere tenetur*/ “ninguém é obrigado a se denunciar”, ou *nemo testis contra se ipsum*/ “ninguém testemunhe contra si mesmo”, ou *nemo tenetur detegere propriam turpitudinem*/ “ninguém é obrigado a declarar a sua própria torpeza”). Tal princípio que no início referia-se apenas ao direito a não emitir declaração que pudesse incriminar o acusado, hoje passou a ter abrangência maior, atingindo outros tipos de condutas, como a extração de sangue, para verificar dosagem alcoólica, extração de cabelo para exame de DNA. Estas considerações derivam da concepção de que o acusado não pode mais ser considerado meio de prova.

O estudo do tema, direito ao silêncio, coloca em evidência dois óbices do processo penal: um que reconhece o direito ao silêncio em sua plenitude, não podendo ser extraído do seu silêncio nenhum prejuízo ao seu titular, e um outro óbice em que o direito ao silêncio sofre diversas restrições.

Assim, apesar de estar, o direito ao silêncio, inserido em nosso ordenamento jurídico, sua eficácia não parece estar assegurada diante da realidade social brasileira, já que o fenômeno da criminalidade acaba justificando a mitigação de garantias indispensáveis à realização de um processo justo, valorando-se, então, o silêncio desfavoravelmente a quem faz uso dele. Todavia, a possibilidade de se valorar o silêncio do acusado como elemento de prova, como autoriza o texto do art. 198 do Código de Processo Penal (“O silêncio do acusado não importará confissão, mas poderá constituir elemento para a formação do convencimento do juiz”), equivale a negar o seu caráter de instrumento inibidor contra as pressões para obtenção da confissão a qualquer custo, além de inviabilizar o seu uso como estratégia de defesa.

OBJETIVOS

O objetivo do presente trabalho é o estudo do direito ao silêncio e suas decorrências na instrução criminal, com a colocação de possíveis soluções que preservem esse direito no contexto da atual persecução penal, sem invabilizá-la.

Contudo, não pretende-se extrair conclusões definitivas à respeito do tema tratado, mas apenas identificar as mudanças que poderiam ser postuladas em relação à problematização trazida na pesquisa em questão.

PLANO DE TRABALHO

No desenvolvimento do tema, o aspecto histórico do direito ao silêncio tem grande relevo, pois é por meio dele que se compreende o desenvolvimento e a dimensão alcançada pelo direito ao silêncio, no mundo.

O instituto em questão será examinado sob o prisma constitucional brasileiro, como manifestação do direito de defesa, encartado no contraditório e na presunção de inocência.

O apontamento da relação entre o direito ao silêncio e o interrogatório também será tratado neste estudo, já que o interrogatório é o momento em que se manifesta o direito ao silêncio.

É analisando a evolução do princípio em que ninguém é obrigado a se auto-incriminar (*nemo tenetur se detegere*), do qual o direito ao silêncio decorre, que se detecta que a busca da verdade real no processo penal, ao longo do tempo, contrapõe-se ao reconhecimento do direito ao silêncio, visto que este é tido como óbice à pesquisa da verdade.

No âmbito da legislação brasileira, o direito ao silêncio também será tratado, sendo apontadas decorrências da sua aplicação em nosso ordenamento.

Da mesma forma, a freqüente associação entre direito ao silêncio e direito de mentir, será trazida à tona no presente trabalho.

A aplicação do direito ao silêncio será discutida em três momentos distintos: na fase pré-processual, nas Comissões Parlamentares de Inquérito, e na fase processual.

Na fase pré-processual terá relevância a posição jurídica do sujeito passivo, e as possíveis situações pelas quais ele poderá passar quando exercer o direito ao silêncio.

A incidência do direito ao silêncio também será observada nas declarações tomadas de suspeitos, indiciados e testemunhas perante as Comissões Parlamentares de Inquérito.

Por fim, far-se-á a análise de como o direito ao silêncio é exercido na fase processual, além de traçarem-se as conseqüências que poderão advir da admissibilidade, no processo, de uma prova obtida com violação do direito ao silêncio.

METODOLOGIA

Pelo que foi exposto até agora, existe a preocupação em não fazer um exame limitado apenas ao direito positivo vigente, mas procurou-se verificar o modo efetivo pelo qual o aparelho estatal atua. Para tanto, a pesquisa bibliográfica do presente trabalho foi feita em obras, artigos e revistas jurídicas, estrangeiros e nacionais, e principalmente, buscou-se fundamentar a pesquisa em autores que se destacam no cenário jurídico mundial.

As traduções estrangeiras foram feitas pelo própria autora, e as citações diretas e indiretas, foram referenciadas em notas de rodapé.

I. DIREITO AO SILÊNCIO: CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE O INSTITUTO

1.1 Prévias considerações

O tema do direito ao silêncio, consagrado no art. 5º, inciso LXIII da Constituição Federal, nos termos seguintes: “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”¹; e no art. 186 do Código de Processo Penal (já com a alteração trazida pela Lei 10.792 de 3 de dezembro de 2003)²: “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 não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa...” passa a ter importância na medida que detectamos certo desrespeito ao direito ao silêncio, dentro de nossa legislação.

O próprio Código de Processo Penal, no art. 186, antes das modificações trazidas pela Lei 10.792, na parte que trata do interrogatório do acusado, concedia ao mesmo, em um primeiro momento, o direito ao silêncio, mas em seguida, alertava que o seu silêncio poderia ser interpretado em prejuízo de sua defesa.

Acontece que atualmente, no campo processual penal, não se pode admitir que o silêncio do indiciado ou acusado possa resultar em prejuízo a ele ou à sua defesa, pois

¹ Art. 5º da CF: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à prosperidade, nos termos seguintes: (inciso 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”

² É importante ressaltar que a Lei 10.792, trouxe alterações no texto referente ao interrogatório do acusado, e antes desta lei, o texto do art. 186 do CPP dispunha: “antes de iniciar o interrogatório, o juiz observará ao réu que, embora não esteja obrigado a responder às perguntas que lhe forem formuladas, o seu silêncio poderá ser interpretado em prejuízo da sua própria defesa.

calar significa não querer fazer uso de uma faculdade processual, seja por motivo de foro íntimo ou para evitar prejuízo.³

O direito ao silêncio decorre das garantias constitucionais conferidas pelo Estado de direito, e da estrutura predominantemente acusatória do moderno processo penal.

O processo de estrutura acusatória distingue-se do processo inquisitório essencialmente por ser um processo de partes, em que estas participam efetivamente do processo, não sendo consideradas provas aquelas que forem colhidas sem a presença concomitante das partes e do juiz. Todo o processo deve desenvolver-se em contraditório pleno, perante o juiz natural, e o exercício da jurisdição depende de acusação formulada por órgão diverso do juiz, além disto, não podem entrar no processo e ser valoradas como prova, os elementos probatórios da investigação prévia (que servem apenas para a formação do convencimento do acusador).⁴

Desta forma, o réu, que era objeto do processo no sistema inquisitório⁵ (importante ressaltar que o sistema inquisitório no processo penal, nada tem a ver com o processo inquisitivo do processo civil) passa a ser sujeito

da relação jurídica processual no sistema acusatório, colocado em posição de igualdade com o acusador, podendo defender-se como entender melhor, falando ou calando-se quando interrogado.⁶ De fato. Analisando a evolução do processo penal, verifica-se a transformação do interrogatório, de instituto dirigido à pesquisa das provas, em instituto

³ Cf. SANDEVILLE, Lorete Garcia. “O Direito ao silêncio”, Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, nº 36, São Paulo, dez. 1991, p. 241

⁴ Pelo menos em tese, não poderia haver a passagem de elementos do inquérito para o processo (com exceção das provas irrepetíveis, com contraditório posteriormente feito), mas, na prática isto não acontece.

⁵ O sistema inquisitivo no processo penal, foi instaurado à época do santo ofício ou inquisição, e constituía em um tribunal religioso competente para o julgamento. A finalidade real era, sem dúvida, obter a confissão do réu mediante a auto-incriminação. No processo civil brasileiro, o sistema inquisitivo diz respeito a linha de conduta judicial de todo o sistema probatório, que tem como característica principal a prevaência da atividade do juiz sobre a atividade da parte conforme o art. 130 do CPC que dispõe que “*cabará ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.*”

⁶ ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as proibições de prova em processo penal*, Coimbra: Coimbra Editora, 1992, p. 122. Afirma o autor que o princípio do *nemo tenetur se ipsum accusare* figura como critério seguro de demarcação de fronteira entre o processo de estrutura acusatória e as manifestações de processo inquisitório.

dirigido à autodefesa do acusado, e o direito ao silêncio é o selo que faz com que o interrogatório seja considerado como meio de defesa, assegurando a liberdade de consciência do acusado.⁷

1.2 O direito ao silêncio em face ao princípio do *nemo tenetur se detegere*

Rogério Lauria Tucci coloca que o direito ao silêncio é entendido “como proteção, constitucionalmente assegurada, contra a auto-incriminação, de sorte a não se poder concluir desfavoravelmente ao interrogatório, pelo simples fato de ter-se calado, isto é, de abster-se de prestar declarações, em especial das que possam incriminá-lo”.⁸

Assim, o direito ao silêncio é “expressão fundamental do privilégio contra a auto-incriminação”,⁹ ou seja, o direito que toda pessoa tem “de não ser convertida em meio de prova contra si própria.”

Embora a expressão direito ao silêncio seja mais usada, alguns autores fazem uso também das expressões “liberdade de declaração” e “privilégio contra a auto-incriminação”.

Nesta esteira, Theodomiro Dias Neto anui que no direito alemão “a liberdade de declaração é expressão fundamental do privilégio contra a auto-incriminação, ou seja, o direito de todo indivíduo em não ser convertido em meio ativo de prova contra si próprio”.¹⁰

⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini, GOMES FILHO, Antonio Magalhães e FERNANDES, Antonio Scarance. *As Nulidades no Processo Penal*, 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 64

⁸ TUCCI, Rogério Lauria, in Parecer fornecido por solicitação dos advogados Roberto Delmanto e Roberto Delmanto Júnior, acerca da situação processual de um cliente seu perante a Comissão Parlamentar Mista de Inquérito do Congresso Nacional, 1992, p.184

⁹ BARBIERO, Louri G. *O direito constitucional do réu e suas conseqüências*. Cadernos Jurídicos de Escola da Magistratura, São Paulo: Imprensa Oficial, v. 2, nº 5, março/junho de 2001, p. 86. No trabalho a palavra privilégio será usada como sinônimo de direito.

¹⁰ DIAS NETO, Theodomiro. “*O direito ao silêncio: tratamento nos direitos alemão e norte-americano*”. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v.5, nº 19, jul./set. de 1997, p. 185

Constata-se, então, que o direito ao silêncio “está assentado no princípio *nemo tenetur se detegere*¹¹, segundo o qual, ninguém poderá ser obrigado, em qualquer causa penal, a depor contra si mesmo.”¹²

O referido princípio, como direito fundamental e garantia do cidadão no processo penal, é, contudo, bem mais amplo e há decorrências igualmente importantes que dele se extraem.

Afinal, observa-se que não é apenas com suas declarações que o acusado pode se incriminar. Ele pode viabilizar a própria condenação com sua presença na audiência, para reconhecimento da vítima, ou para reconstituição do crime.

Igualmente, com o avanço da tecnologia, outras condutas impostas ao acusado podem ser objeto de apreciação judicial, permitindo sua incriminação, como a extração de sangue para dosagem alcoólica, a identificação datiloscópica, a emissão de palavras para exame da voz, ou extração de cabelo ou de esperma, para a realização de exame de DNA. As conseqüências para aquele que se negue a cumprir qualquer daquelas condutas exigidas seriam a condução coercitiva e em tese, o delito de desobediência,¹³ o que será tratado em capítulo posterior.

Seria, portanto, o direito ao silêncio, uma derivação, uma decorrência do direito contra a auto-incriminação. A auto-incriminação é mais abrangente, pois além de

¹¹ *Nemo tenetur se detegere* (latim) significa que ninguém é obrigado a se manifestar contra si mesmo (tradução livre do autor) Existem outras formas, também em latim, que são usadas para exprimir o princípio do *nemo tenetur se detegere*/ ninguém é obrigado a se manifestar: *nemo contra se edere tenetur*/ ninguém é obrigado a se denunciar; *nemo testis contra se ipsum*/ ninguém testemunhe contra si mesmo, ou *nemo tenetur detegere propriam turpitudinem*/ ninguém é obrigado a declarar a sua própria torpeza, ou os seus próprios vícios.

¹² BARBIERO, Louri G. *O direito constitucional do réu e suas conseqüências*. Cadernos Jurídicos da Escola da Magistratura, São Paulo: Imprensa oficial, v.2, n.º 5, março/junho de 2001, p. 86. Deve-se lembrar que hoje o direito ao silêncio atinge também julgamentos não criminais.

¹³ A condução coercitiva se encontra no art. 260 do CPP que dispõe: “Se o acusado não atender à intimação para o interrogatório, reconhecimento ou qualquer outro ato que, sem ele não possa ser realizado, a autoridade poderá mandar conduzi-lo à sua presença.” O crime de desobediência está no art. 330 do CP.

englobar o direito de permanecer calado, importa também no direito outorgado ao acusado ou indiciado de negar-se às condutas elencadas no parágrafo anterior.¹⁴

1.2.1 Direito ao silêncio em face ao direito à intimidade

A doutrina salienta que o direito ao silêncio se situa no plano de proteção à intimidade, resguardado pela Constituição. A intimidade é protegida pelo artigo 5º da Constituição Federal, inciso X, o qual dispõe que são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, de acordo com Delgado “no processo, em todos seus momentos, na busca da verdade há de se preservar a intimidade das pessoas...”¹⁵

Assim, Kant, citado por Miguel Reale, colocou que: “o direito ao silêncio pertence à intimidade, sendo manifestação de um fundamental aspecto das liberdades públicas. É necessário permitir ao homem calar, fechar-se em si mesmo, nos seus pensamentos e reflexões, não se expor, considerar seus juízos, posicionar-se axiológica e livremente perante as coisas, os homens, o universo, dentro de sua intimidade (*Weltanschauung*).”¹⁶

O direito ao silêncio pertence à intimidade, pois nada mais é do que uma manifestação de um fundamental aspecto das liberdades públicas.¹⁷

A faculdade de comunicar a outrem os pensamentos, constitui um direito inato de liberdade, logo, o direito ao silêncio permite que idéias, concepções de vida, juízos, emoções, desconhecidos da consciência, ou se conhecidos, que nunca se pretende sejam

¹⁴ QUEIROZ, Carlos Alberto M. de . *A amplitude constitucional do direito ao silêncio*. Boletim IBCCRIM, n° 46, setembro de 1996, p. 2

¹⁵ DELGADO, José Augusto. *A tutela do processo na Constituição de 1988*, n° 55, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, pp. 90-91

¹⁶ KANT. *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*, Ed. Cassier, 7/39 apud Miguel Reale. *Da obrigação de dizer a verdade*, in *Estudos de filosofia e ciência do direito*, Saraiva, 1978, p.11

¹⁷ AZEVEDO, David T. de. *O interrogatório do réu e o direito ao silêncio*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 81, vol. 682, agosto de 1992, p.288

revelados, permaneçam invioláveis, garantindo ao titular do direito ao silêncio, a preservação de sua intimidade.¹⁸ Assim, o indivíduo pode preferir se calar do que revelar o seu íntimo.

A intimidade, por sua vez, enquadra-se entre os direitos da personalidade, como realçam de Maria Thereza Moura e Maurício Zanóide: “O direito ao silêncio insere-se no plano do direito material, no direito à intimidade, que, por sua vez, enquadra-se entre os direitos que constituem atributo da personalidade”¹⁹.

“A esfera da intimidade é essencial ao sujeito como atributo inderrogável de sua personalidade”,²⁰ pois a “expansão individual, a realização da personalidade em todas as suas facetas (liberdade, intimidade, segurança, bem-estar, educação, saúde), acaba constituindo a estrutura e silhueta psíquica individual, o modo peculiar do “Eu” (...)”²¹; e por isso mesmo, segundo Ada Pellegrini Grinover, o direito à intimidade é integrante dos direitos da personalidade.²² A própria Constituição criou uma ordem de valores que encontra seu ponto central na personalidade do homem.²³

Também na Alemanha, é do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, na qualidade de principal direito de liberdade, que partem todos os direitos de defesa dos cidadãos, entre eles o direito ao silêncio.²⁴ Nesse país, há previsão constitucional

¹⁸ Idem, ibidem

¹⁹ MOURA, Maria Thereza R. de A., e MORAES, Maurício Z. “Direito ao silêncio no interrogatório”, in Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº 6, ano 2, abril-junho, 1994, p.136. Tradução livre do autor.

²⁰ AZEVEDO, David T. de . *O interrogatório do réu e o direito ao silêncio*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 81, vol. 682, agosto de 1992, p. 287

²¹ AZEVEDO, David T. de *O interrogatório....*op. cit. p. 285

²² GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades públicas e Processo Penal- as interceptações telefônicas*, São Paulo: RT, 1982, p. 72

²³ GARCIA, Maria. *O devido processo legal e o direito de permanecer calado. A tortura*, Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, ano 5, n. 20, p. 21 e ss.

²⁴ O estudo da intimidade envolve a teoria das três esferas ou dos três círculos. É uma teoria alemã de origem jurisprudencial Constitucional Federal. Aqui teríamos que definir três áreas da vida privada: viria primeiro a esfera da intimidade inviolável, na qual a dignidade do homem teria que ser preservada a todo custo; depois viria a área normal da vida privada, na qual a pessoa desenvolveria sua personalidade, e a diferença se daria por tratar-se de um bem jurídico que está atrelado aos compromissos comunitários, havendo então a ponderação de interesses; em seguida, adentraríamos na área da vida normal e extensa, onde as lesões seriam suportáveis, por serem socialmente adequadas e toleráveis. Para BENEVIDES FILHO, *Direito à intimidade e o processo de investigação de paternidade: direito à recusa ao exame hematológico*, in *Dos direitos humanos aos direitos fundamentais*, coord. Willis Santiago Guerra Filho, Livraria do Advogado Editora, 1997, p. 159 e seguintes, a diferença é que: a esfera individual, consiste na proteção à imagem, à auto estima, ao passado, fatos

em favor do direito à personalidade do acusado que estaria ameaçado diante de uma coação à auto-incriminação,²⁵ e qualquer violação ao direito de uma pessoa atuar em seu próprio favor, de pertencer a si mesmo constitui, segundo Clauss Rogall, uma violação à área inatingível do direito de personalidade.²⁶

Ensina Pedro J. Bertolino, que o princípio supremo do conteúdo da justiça, plasmado no humanismo, “consiste em assegurar a cada homem uma esfera de liberdade que lhe permita sua personalização”. Continua o mesmo autor:

De tal maneira, que o respeito do Estado pelo silêncio do imputado importa, {...}a organização de um sistema que, respeitando essa liberdade de decisão como liberdade jurídico-política privilegia essa opção de decidir e considerar, em contrapartida, desvaloriza todo o intento, inclusive do próprio Estado, de violentar coacionadamente.²⁷

Portanto, não pode o Estado, de forma alguma, coagir o indivíduo a se pronunciar, sob pena de desvalorar o que o próprio Estado conseguiu por meio de coação.

1.3 Origem do instituto

Desde a antiguidade já existiam sinais que demonstravam a preocupação em conceder um mínimo de garantias ao indivíduo acusado de praticar um crime.

concernentes à saúde, sexo e religião; a esfera privada consiste na proteção à família, contra a indiscrição, é o cidadão convivendo com aqueles que ele escolheu.

²⁵ COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Tutela Penal da Intimidade*, Tese para concurso à cátedra de Direito Penal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1970, pp. 39-40

²⁶ ROGALL, Klaus. *Der Beschuldigte als Beweismittel gegen sich selbst*, Berlin: Duncker & Humblot, apud DIAS NETO, Theodomiro. *O direito ao silêncio...* op. cit., p. 187

²⁷ BERTOLINO, Pedro J.. *El Debido Proceso Penal*, La Plata: Platense, 1986, p.111. De tal manera, el respeto del Estado por el silencio del imputado importa, de soyo, la organizaciòn de un sistema que, respetandoesa libertadede decisiòn como libertad jurídico-política privilegia esa opciòn de decidir y considera, como contrapartida, disvalioso todo o intento, incluso del proprio Estado, de violentar coaccionadamente”, (livremente traduzida pelo autor)

A “regra das duas testemunhas”, no direito hebraico, é tida por alguns estudiosos²⁸, como antecedente mais remoto do princípio de ninguém é obrigado a se auto-acusar (*nemo tenetur se ipsum accusare*)²⁹ e, já no século III a. C., o Talmud interpretava a lei no sentido de não mais poder ser admitido que o acusado fosse levado a depor contra si mesmo.

No direito romano, na época pré-clássica, o interrogatório dos acusados tinha de ser juramentado, e nenhum deles podia se negar a responder ao magistrado, sob pena de sofrer flagelo, prisão ou multa. Já no direito clássico, o silêncio do acusado, em casos de delitos privados, era considerado como confissão; em crime capital, seu silêncio não tinha essa conotação.³⁰

As raízes do direito ao silêncio também já podiam ser identificadas no Velho Testamento, e posteriormente, no direito canônico. Neste último, o direito ao silêncio assentava-se no regramento de que ninguém pode ser compelido a depor contra si próprio, porque ninguém é obrigado a auto-incriminar-se (do latim, *nemo tenetur prodere seipsum, quia nemo tenetur detegere*)³¹

²⁸ Neste sentido, ROSENBERG, Irene Mercker e ROSENBERG, Yale. *In the Beginning: the Talmudic Rule Against Self-Incrimination*, New York: University Law Review, vol. 63, nº 5, novembro de 1988, p. 979. Afirmam estes autores que a regra das duas testemunhas era um pré-requisito básico para uma condenação criminal, e se encontra no centro do sistema de justiça criminal hebraica, pois uma única testemunha não seria suficiente para ir contra alguém, em qualquer caso de iniquidade ou de pecado que haja cometido; a causa será estabelecida pelo depoimento pessoal de duas ou mais testemunhas(versículo do Livro de Deuteronômio 19:15). Para COHN, Haim H. *The Proof in Biblical and Talmudical Law*, in *La preuve en Droit- études publiées par Chaim Perelman et Paul Alain Fories*, Bruxelas: Établissements Émile Bruylant- Société Anonyme d'Éditions Juridiques et Scientifiques, 1981, p. 81, a regra das duas testemunhas foi a contribuição mais importante do Direito público para o Direito das Provas.

²⁹ Idem , p.

³⁰ MITTERMAIER, Carl Joseph Anton. *Tratado da Prova em Matéria Criminal*, traduzido por Alberto Antonio Soares, 3ª ed., Rio de Janeiro: Jacinto, 1917, p. 311

³¹ TUCCI, Rogerio Lauria. *Os Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro*, tese para concurso de Professor Titular de Direito Processual Penal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1993, p.392

Os “Tribunais do Santo Ofício da Inquisição” aplicavam as normas de direito canônico³², compiladas por estudiosos que as classificavam e interpretavam. A primeira grande compilação, foi feita por Graciano, que incorporou a regra do “*nemo tenetur prodere seipsum, quia nemo tenetur detegere turpitudinem suam*”, segundo Ignácio F. Tedesco, ao Gratian’s Decretum, sob as seguintes palavras: “Eu digo que não se incrimine publicamente nem se acuse em frente aos outros”.³³

Entretanto, Inocêncio III, no IV Concílio de Latrão de 1215, modificou a compilação feita por Graciano introduzindo o juramento da verdade (*de veritate dicenda*).³⁴

É justamente, a busca da verdade, através do juramento, que impede o reconhecimento do privilégio contra a auto-incriminação.³⁵

Se o acusado se recusasse a prestar juramento, mantendo-se em silêncio, significava que estava admitindo a culpa, passando a ser considerado réu confesso (*confessus*).³⁶

³² CF COUCEIRO, João Cláudio. *As garantias Constitucionais do Direito ao Silêncio*, dissertação de mestrado, 2002, p. 19, salienta que as normas de direito canônico consistiam nos preceitos da Sagrada Escritura, nas prescrições apostólicas, nas decretais dos papas e nas resoluções ou cânones dos concílios.

³³ TEDESCO, Ignacio F. *El Privilegio contra la autoincriminación- un estudio comparativo*. Cuadernos de Doctrina y jurisprudencia penal, v. 3, nº 6, agosto de 1997, p. 265. “*Yo no le digo que se incrimine a sí mismo publicamente ni se acuse usted mismo enfrente de otros*” Tradução livre do autor. Gratian foi um monge italiano que teria feito uma compilação do direito canônico. Conforme COUCEIRO, op. cit., p. 19, o Decreto de Graciano não exigia o juramento do acusado, além de repudiar a prática da tortura.

³⁴ LEVY, Leonard W. *Origens of the Fifth Amendment*, Nova Iorque: Oxford Press, 1968, p. 24. Segundo o autor o acusado era obrigado a dizer a verdade, e esta situação só seria abolida com o Concílio de Roma, em 1725. A segunda compilação religiosa conforme COUCEIRO, João Cláudio, op. cit., p. 24, foi feita pelo papa Gregório IX em 1234, compondo-se então uma coleção oficial de Decretais que passam a regular o procedimento dos Tribunais de Inquisição. As decretais se baseavam em textos de Inocêncio III, que “*tribus, modis procedit potest: per accusationem, per denunciationem, per inquisitionem*(Decretais Livro V, Título I, cap. XXIV). A acusação era a delação, ao juiz, do crime, com pedido de pena e o nome do acusador. A denúncia era a delação do réu, porém sem o pedido de pena. A inquisição era a investigação do crime feita pelo juiz. Com o passar do tempo, a inquisição se tornou o procedimento mais utilizado. As decretais teriam reconhecido o privilégio contra a auto-incriminação, mas por causa da imposição o juramento da *veritate dicenda*, não prevaleceu, conforme ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. *O Processo Criminal Brasileiro*, vol. 1, 3ª ed. 1920, typographia Baptista de Souza, Rio de Janeiro p. 82

³⁵ CF ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. *O Processo*....op. cit., p. 121.

³⁶ CF COUCEIRO, João Cláudio. *A garantia*.....op. cit., p. 20. O *Directorium Inquisitorum*, manual dos inquisidores, estabelece que aquele que se recusa a prestar juramento é herege. Se confessava e dava mostra de arrependimento, então receberia, uma penitência e não uma pena, concedida pelo inquisitor que se despia da qualidade de juiz para assumir a de confessor.

Mas, se o acusado clamava sua inocência, podia ser submetido à tortura, que era utilizada para a obtenção da confissão e do arrependimento do acusado; e a dor suportada pelo indivíduo, segundo a igreja, era um mal necessário para salvá-lo.³⁷

Desta forma, percebe-se que no sistema inquisitório, o acusado era obrigado a auto-incriminar-se, mediante métodos cruéis para quebrar a sua voluntariedade e obter sua confissão.³⁸

Neste sentido, relata Tomás Ojea Quintana: “A tortura, como elemento da confissão, destruía todo âmbito de autodeterminação, condição necessária para a legitimidade de um sistema de juramento, já que não permitia que o acusado jurasse sua inocência”.³⁹

Portanto, a finalidade do processo, nessa época inquisitorial, era a confissão e o arrependimento, não se permitindo o direito de mentir nem o de se calar.

1.3.1 Sistema Anglo-Saxão

Na Inglaterra de 1215, os nobres já procuravam estabelecer limites objetivos ao monarca, impondo um documento denominado de Magna Carta, onde, entre outras garantias, se estabelecia que nenhum homem livre poderia ser punido, exceto pelo julgamento de seus pares, através da lei da terra (*law of the land*).⁴⁰

³⁷ CF QUINTANA, Tomás Ojea. *El privilegio contra la autoincriminación; reflexiones acerca de dos sistemas de procedimiento criminal: adversarial y no adversarial*. Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, vol. 5, nº 9, Buenos Aires: Editora AD-HOC, oct. de 1999, p. 252

³⁸ TEDESCO, Ignacio F. *El Privilegio contra la autoincriminación: un estudio comparativo*, in Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal, Buenos Aires: ed. AD-HOC, v. 3, n. 6, p. 261, agosto de 1997

³⁹ CF QUINTANA, Tomás Ojea. *El privilegio.....* op. cit., p. 254. “La tortura, como elemento de la confesión, destruía todo ámbito de autodeterminación, condición necesaria para la legitimidad de un sistema de juramento, ya que no permitía que el acusado jurara su inocencia.” Tradução livre do autor.

⁴⁰ COUCEIRO, João Cláudio. *A Garantia....* op. cit., p. 32. Neste época, conforme nota desta mesma página, nenhuma punição era mencionada, o que faria com que esta promessa se tornasse uma garantia de liberdade pessoal e uma fonte de proteção contra a Coroa. Na idade média era citada como garantia de um julgamento pelos pares da Coroa, servindo, já no início do século XVII, para garantir um processo justo, o *Habeas Corpus*, e o julgamento pelo júri. Mas sua função mais importante foi a impugnação de ordens de prisão emitidas pelo rei

Havia, então, um procedimento criminal com características próprias, no qual a acusação, denominada de declaração de acusação (*bill of indictment*), era feita por qualquer pessoa para o juiz real.⁴¹

Se fosse admitida a acusação, era determinado uma ordem judicial, se o acusado não estivesse preso, e, se não fosse encontrado, era expedido um mandado para que o delegado pudesse trazê-lo⁴².

Se o acusado comparecesse, era lido a acusação (*indictment*) e perguntado se ele era culpado do crime ao qual estava sendo acusado ou não era culpado. Se o acusado optasse pelo silêncio, equivaleria à confissão nos casos de alta traição e delitos graves; nos demais casos, o acusado recebia uma pena forte e dura (*peine forte et dure*)⁴³ para forçá-lo a falar, o que poderia durar indefinidamente até sua morte.

Desta forma, o direito ao silêncio teria surgido como fruto do abrandamento da aplicação da pena dura e forte (*peine forte et dure*). Com a diminuição da tortura na Inglaterra, o acusado podia manter-se calado, fato que implicava apenas sua prisão, impedindo que ele fosse considerado culpado e impedindo o confisco de seu patrimônio.

Para Theodomiro Dias Neto, o direito ao silêncio só tomaria a forma moderna na Inglaterra. Completa:

Após a edição da Magna Carta (1215) e durante o longo processo de reformas que a sucede visando à instauração de um sistema processual acusatório, a liberdade de

ou por seus ministros, contra pessoas que ainda não tinham sido julgadas, sobre a base de que tal prática ia contra o a lei da terra, (*law of the land*) Tradução livre do autor

⁴¹Tradução livre do autor. Conforme COUCEIRO, João Cláudio. *Ibidem*. A acusação era feita por qualquer pessoa para o juiz real, e as provas eram ouvidas pelo “grande júri” e instruídas pelo juiz real, sobre os pontos de investigação, podendo reconhecer a existência de um “*case*”, considerando o “*bill*” verdadeiro, o que não significava o reconhecimento de culpabilidade, mas possibilitava o início da fase onde poderiam ser utilizadas as ordálias; ou senão eles consideravam o caso encerrado, pronunciando “*ignoramus*”, e para uma decisão “*billa vera*”, bastava a maioria simples de votos.

⁴² BLACKSTONE, William. *Commentaries on the law of England*. vol. IV, 1ª edição, 1769, Clarendon Press, Oxford, p. 313-315.

⁴³ Conforme COUCEIRO, João Cláudio em *A Garantia...* op. cit., nota 92, p. 33. Primeiramente a “*peine forte et dure*”(pena forte e dura, tradução livre do autor) significava a perda da liberdade, com direito a uma pequena dieta alimentar; posteriormente, passou a ser uma verdadeira pena, cuja finalidade, conforme LEVY, Leonard, *Origens of the Fifth Amendment*, 1ª edição, Oxford University Press, Nova York, 1968, p. 326, era forçar o prisioneiro que permanecia em silêncio a prestar uma declaração, não importando o teor, mas não tinha intuito de torturar para obter uma confissão.

declaração vai sendo gradualmente reconhecida evoluindo até instalar-se e fazer-se reconhecido definitivamente no século XVII, em princípio de direito comum.⁴⁴

Nasceu, assim, o princípio de que ninguém é obrigado a se acusar (*nemo tenetur se accusare*)⁴⁵ no sistema inglês, sob a fórmula do privilégio contra a auto-incriminação (*privilege against self-incrimination*).⁴⁶

Manuel da Costa Andrade afirma que tal instituto surgiu por volta do ano de 1679⁴⁷; Ada Pellegrini Grinover⁴⁸ acena para o ano de 1641, com o Estatuto de Carlos I.

Contudo, a consagração do princípio de que ninguém é obrigado a se acusar (*nemo tenetur se accusare*) só viria com a 5ª emenda à Constituição americana (1791)⁴⁹, e Clauss Rogall diz que “tal princípio é hoje, nos EUA, base de um procedimento penal em um Estado de Direito.”⁵⁰

Ante o exposto, percebe-se que o direito ao silêncio se instauraria em favor do acusado, com a finalidade de acabar com a tortura, dirigida a obter a confissão, originando o princípio do *nemo tenetur se detegere*.⁵¹

⁴⁴ NETO, Theodomiro Dias Neto. *O Direito ao Silêncio-Tratamento nos Direitos Alemão e Norte Americano*, in Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 5, nº 19, p. 186, jul./set. de 1997

⁴⁵ Ensina TORNAGHI, Hélio *Curso de Processo penal*, 7ª ed., São Paulo: Saraiva 1990, p. 123, que *nemo tenetur se detegere*, “ninguém é obrigado a se descobrir”, é princípio ético, liberal, que informa a lei brasileira.

⁴⁶ Tradução livre do autor. GRINOVER, Ada P.. *Interrogatório do réu e Direito ao Silêncio*, Ciência Penal, São Paulo: Ed. Convívio, ano III, nº1, 1976, p. 24

⁴⁷ ANDRADE, Manoel da Costa. *Sobre as proibições.....* op. cit, p.123;

⁴⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Interrogatório do réu e direito ao silêncio*, in Ciência penal, São Paulo: Ed. Convívio ano III, nº 1, 1976, p. 24

⁴⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini, *Interrogatório.....*, op., cit., p.24. No mesmo sentido: CORWIN, Edward S. *A Constituição norte-americana e seu atual significado*, p. 259. ANDRADE, Manuel da Costa, *Sobre as proibições*, 123-124, e COUCEIRO, João Cláudio, op. cit., p. 37-40, que diz ter sido a Virgínia foi o 1º Estado a adotar uma constituição e uma Declaração de direitos (12 de junho de 1776) e seguidos na Inglaterra.

⁵⁰ ROGALL, Klaus. *Der Beschuldigte als Beweismittel gegen sich selbst*, Berlin: Duncker & Humblot, 1977, apud DIAS NETO, Theodomiro. *O direito ao silêncio....*, op. cit., p. 186

⁵¹ ROSSETTO, Enio Luiz. *A eficácia e a relevância da confissão no processo penal brasileiro*, dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1999, p.254

1.3.2 Sistema Continental

Na Europa continental, é somente com o Iluminismo, no coração do século XVIII, que começa a investir-se mais rigorosamente contra os abusos aos direitos do ser humano. A perseguição religiosa criou um clima de revolta, pois era característica do procedimento criminal da época a falta de garantia dada à defesa.

Assim, na França, o art. 8º do título XIV da “*Ordonance Criminelle*” de 1670, proibia a intervenção de advogados nos feitos criminais. O não conhecimento das provas produzidas contra si podia incitar o acusado a falar, tentando desta forma elaborar argumentação apta à sua defesa.⁵²

Se, no interrogatório, o acusado permanecia em silêncio, esta atitude era tida como desrespeito à justiça, sendo considerada indício de culpa.

Aliás, Cesare Beccaria⁵³, em seu livro “*Dos Delitos e Das Penas*”, datado de 1764, pontuando o fracasso do sistema vigente, embora não reconhecesse, de forma absoluta, o direito ao silêncio,⁵⁴ coloca o homem como detentor de direitos, entre eles o direito à vida e à igualdade.⁵⁵

É na França, com a promulgação da Lei de 8 de dezembro de 1897, que se estabelece primeiramente o direito ao silêncio. João Cláudio Couceiro relata o teor do art. 3º da lei promulgada:

quando deste primeiro comparecimento, o magistrado constata a identidade do acusado, lhe faz conhecer os fatos que lhe são imputados e recebe suas declarações, depois de lhe ter advertido de que é livre para fazê-las. Menção desta advertência deve contar do termo. Se a acusação for mantida, o magistrado advertirá o acusado de seu direito de escolher um advogado entre os procuradores do Tribunal, sendo

⁵² COUCEIRO, João Cláudio. *A garantia constitucional do direito ao silêncio*, dissertação de mestrado pela faculdade de Direito São Francisco, apresentada em 2002, p. 23

⁵³ CF. BECCARIA, Cesare. *Dei delitti e delle penne*, edição feita por E. Venturi, Turim Einaudi, 1965, pp. 31,59 e 62.

⁵⁴ COUCEIRO, João Cláudio. Op. cit., p. 25

⁵⁵ ZVIRBLIS, Alberto Antonio. *Livramento condicional e prática de execução penal*, Bauru: Edipro, 2001,p.24. A obra de Beccaria teve grande repercussão com a vitória da Revolução Francesa e Declaração dos Direitos do Homem, como pontua Zvirblis, estabelecendo o princípio *nullum crimen sine lege; nulla poena sine lege poenale* e ainda ao famoso princípio da presunção da inocência.

que, na falta de tal escolha, lhe será designado um, de ofício, se o acusado assim o pedir.⁵⁶

Mesmo sendo um grande passo na busca das garantias ao acusado, não estavam ainda excluídas as conseqüências prejudiciais que o exercício do direito ao silêncio poderia causar-lhe.

Na Itália, antes da unificação, o Código de Processo Penal para o Reino da Itália, de 1807, já consagrava o direito ao silêncio, e , após a unificação, os Códigos de Processo Penal, de 1865 e de 1913, também traziam dispositivos protetivos.⁵⁷

Na Alemanha, o direito ao silêncio, só seria reconhecido no século XIX.⁵⁸

Neste contexto, Ada Pellegrini Grinover afirma que: “Despertam-se as consciências e as codificações encampam as novas idéias. E na realidade: a Revolução francesa e americana não moldam processos renovados, pois se limitam a absorver as idéias dominantes que já circulavam .”⁵⁹

Portanto, o direito ao silêncio, como direito de defesa, foi uma concretização de ideais que já existiam na busca por uma condição de vida que permitisse o desenvolvimento integral da personalidade humana.

⁵⁶ Art. 3º: “*Lors de cette première comparution, le magistrat constate l’identité de l’inculpé, lui fait connaître les faits Qui lui sont imputés et reçoit ses déclarations après l’avoir averti qu’il est libre de ne pas en faire. Mention de cette avertissante est faite au procès-verbal. Si l’inculpation est maintenue, le magistrat donnera avis à l’inculpé de son droit de choisir un conseil parmi les avoués et, à défaut de choix, il lui en fera désigner un d’office si l’inculpé le demande*”. Tradução livre do autor.

⁵⁷ COUCEIRO, João Cláudio. *A Garantia Constitucional...* Op. cit., p.59

⁵⁸ COUCEIRO, João Cláudio. Op. cit., p. 29

⁵⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. *O interrogatório do réu ...op. cit.* Ciência Penal, São Paulo, v. 3, nº1, 1976, p. 19

1.4 O direito ao silêncio e a internacionalização do processo penal

Conforme Antonio Scarance Fernandes, entre as tendências do processo penal moderno “outra inclinação que começa a se manifestar, na linha do sopro renovador dos direitos humanos, é o da internacionalização do direito processual.”⁶⁰

Foram introduzidas, no plano internacional, regras de cunho garantista, impondo ao Estado e à sociedade o respeito aos direitos dos indivíduos, sendo tendência mundial a concretização de acordos feitos entre países justamente com este intuito.⁶¹

Desta maneira, o direito ao silêncio é parte integrante dos textos internacionais, o que indica a importância de serem analisados, ainda que de forma sumária.

Conforme Kai Ambos: “Nos últimos anos, o processo de democratização na América Latina recebeu novos impulsos a partir de importantes projetos nacionais de reforma do sistema judicial...”, e continua o mesmo autor, dizendo que: “melhora a posição do imputado que nos sistemas tradicionais, era considerado essencialmente como objeto do processo penal iniciado contra si. A reforma, em contrapartida, garante a ele direitos.”⁶²

No Código Tipo para Íbero-américa, cujo projeto foi apresentado em 1988, nas “XI Jornadas Ibero-americanas de Direito Processual”, do Rio de Janeiro, o texto referente ao direito ao silêncio vem expresso no artigo 41, capítulo II, seção II, da Declaração do imputado:

Advertências preliminares. Antes de começar a declaração comunicar-se-á detalhadamente ao imputado o fato que se lhe atribui, com todas as circunstâncias de tempo, lugar e modo, na medida conhecida, incluindo aquelas que sejam de importância para a qualificação jurídica, um resumo do conteúdo, dos elementos da

⁶⁰ SCARANACE FERNANDES, Antonio. *Processo Penal Constitucional*, 2ª ed., ver. e atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 24

⁶¹ CF FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*, 2ª ed., rev. e atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 11

⁶² AMBOS, Kai . *As reformas processuais penais na América latina*. In Kai Ambos e Fauzi H. Choukr, “A Reforma do processo penal no Brasil e na América Latina”, São Paulo: Ed. Método, 2001, p. 224.

prova existentes e os dispositivos penais que se julgue aplicáveis. Será advertido também que poderá abster-se de declarar e que essa decisão não poderá ser utilizada em seu prejuízo.⁶³

Também o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, aprovado pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 16 de dezembro de 1966, assegura no artigo 14, n.º 3, item “g”, “a cada indivíduo acusado de um crime”, entre as garantias processuais mínimas para o exercício do direito de defesa, a de “não ser constrangido a depor contra si mesmo ou a confessar-se culpado”.⁶⁴

A Convenção Americana sobre os Direitos Humanos, que nas palavras de Zaffaroni “é a coluna vertebral da defesa dos direitos humanos”⁶⁵ (conhecida como Pacto de San José da Costa Rica), inspirada na Declaração Universal dos Direitos do Homem, adotada pela O.E.A, e posteriormente ratificada pelo Brasil em 06.11.92, por meio do Decreto de nº 678/92, assegura, entre outros direitos, o direito ao silêncio, no art. 8º, inciso nº 2, alínea g: “toda pessoa tem o direito de não ser obrigado a depor contra si mesmo nem declarar-se culpado”.⁶⁶

Já a Corte Penal Internacional, incluiu o direito ao silêncio na parte 6 do estatuto, mais precisamente no artigo 67, onde estão previstos os direitos dos acusados.

Neste sentido Kai Ambos:

O direito básico é o direito a um justo e público processo. Outras garantias mínimas estão especificadas no § 1.º e incluem o direito de ser informado das acusações, o direito de preparar a sua defesa, o direito de ser julgado sem demora indevida, o direito à legal assistência e à inquirição de testemunhas, o direito a ter intérprete e traduções quando necessários assim como o direito de ser compelido a testemunhar e o direito de permanecer em silêncio em sua própria defesa.⁶⁷

⁶³ CF AMBOS, Kai., e CHOUKR, Fauzi H. Op. cit. p. 283-284

⁶⁴ BARBIERO, Lori Geraldo. *O direito constitucional do réu ao silêncio e suas conseqüências*. Caderno Jurídico da Escola de Magistratura, v. 2, n.º 5, São Paulo: Imprensa Oficial, maio/junho, 2001, p.86

⁶⁵ ZAFFARONI, R. *Convención Americana sobre Derechos Humanos y el sistema penal*. Revista de Derecho Público 2, Buenos Aires, 1987, p. 49 e ss.

⁶⁶ BARBIERO, Louri G. *O direito constitucional do réu ao silêncio e suas conseqüências*, in Caderno Jurídico

da Escola de Magistratura, v. 2, nº 5, São Paulo: Imprensa Oficial, maio-jun , 2000, p. 86

⁶⁷ CF AMBOS, Kai. Op. cit., pp. 72-73.

Portanto, nos Tribunais Penais Internacionais, o silêncio é conferido a toda pessoa, sem que este silêncio possa ser levado em consideração para determinar sua culpabilidade ou inocência.

1.5 A legislação processual penal mundial e o direito ao silêncio

Além da internacionalização do processo penal, importa ressaltar que as normas processuais de um país não podem se afastar de tais normas garantistas de conceito internacional.

Guilherme de Souza Nucci salienta ser impossível existir um Estado de Direito cujas normas processuais penais estejam distanciadas da Constituição e esta das festejadas normas internacionais de proteção ao indivíduo.”⁶⁸

Neste sentido, um estudo sobre processos penais na Europa, coloca que: “Em todos os sistemas estudados (do mundo civilizado), o suspeito e o acusado tem direito ao silêncio em pelo menos um sentido: durante todo o processo penal tem o direito de negar-se a responder perguntas, e a exercer este direito não se expondo a nenhuma sanção penal...”⁶⁹

A Argentina inseriu o instituto na Constituição Nacional, artigo 18, proclamando que “nada está obrigado a declarar contra si mesmo”,⁷⁰ e da mesma forma o

⁶⁸ NUCCI, Guilherme de S. *O valor da confissão como meio de prova no Processo Penal*, 2ª ed., ver. e atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, 199, p. 26. Dificil questão consiste em saber qual o “status” das normas internacionais, mas a tendência predominante é considerar as normas internacionais, como representantes da consciência ética universal, superiores até mesmo ao ordenamento jurídico de cada Estado, conforme aposta COMPARATO, Fábio, em sua obra, *A afirmação histórica dos direitos humanos*, São Paulo: Saraiva, 1999 pp. 48-49,

⁶⁹ CF *La pueste en escena*, in *Processos Penales de Europa*, trad. Pablo Morenilla Allard editorial Edijus 2000, p. 628. Tradução livre do autor. “*En todos los sistemas estudados (hasta del mundo civilizado), el sospechoso y el acusado tienen derecho al silencio en por lo menos un sentido: durante todo el proceso penal tienen el derecho de negar-se a responder preguntas, y al ejercer este derecho no se exponen a ninguna sanción penal.*”

⁷⁰ MAIER, Julio. *La Ordenanza procesal penal alemana: su comparación com los sistemas de enjuiciamiento argentinos*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1978-1982, p. 61

México também estabelece, no artigo 20, inciso II: “ não pode ser compelido a declarar contra si mesmo...”⁷¹.

O direito ao silêncio está assegurado na V Emenda dos Estados Unidos, e segundo Grevi: “o *privilege against self-crimination* representa uma garantia defensiva fundamental, que ilumina, por si, todo o sistema processual norte-americano.”⁷²

De acordo com Júlio Maier, na Alemanha “o princípio do *nemo tenetur se detegere*, anteriormente defluindo da própria Constituição, a partir do Código de Processo Penal de 1965 ficou consagrado expressamente no § 136 do CPP,”⁷³ e, conforme Ada Pellegrini Grinover, o direito ao silêncio está assegurado não só perante os órgãos jurisdicionais, mas também perante a polícia judiciária.⁷⁴

Na Itália, desde 1948, a Constituição estabeleceu a inviolabilidade do direito de defesa, e com as modificações ocorridas em 1965 e 1969, o direito ao silêncio foi acolhido sem restrições na fase policial e na judicial.⁷⁵

A Constituição espanhola de 1978, prevê, em seu artigo 24, 2, que: “todos tem direito (...) a nada declarar contra si mesmos, a não confessar-se culpados e a presunção de inocência.”⁷⁶

Sobre o direito português, Maria Fernanda Palma afirma que o processo penal “consagra um direito ao silêncio do argüido, permitindo-lhe que não responda a

⁷¹ Cf. *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, 1917, atualizada (10 de agosto de 1987), colección Leyes Comentadas Harla, 1987.

⁷² GREVI, Vitorio. *Nemo Tenetur se Detegere*, Milano: Giuffrè, pp 79-80

⁷³ MAIER, Julio. *La ordenanza procesal penal alemana: su comparación con los sistemas de enjuiciamiento argentinos*, Buenos Aires: Ediciones Depalma., 1978-1982, p.60. O art. 136 proclama que “no início do primeiro interrogatório, o culpado deve ser comunicado sobre o ato que lhe é imputado e que disposições penais estão sendo consideradas. Deve ser-lhe indicado que segundo a lei é livre para manifestar-se sobre a sua imputação, ou de não expressar-se sobre o assunto e de consultar em todo momento, inclusive antes de seu interrogatório, um advogado defensor, que deve ser escolhido por ele(...).

⁷⁴ GRINOVER, Ada P. *Interrogatório do réu e direito ao silêncio*, Ciência Penal, São Paulo: Ed. Convívio, ano III, nº 1, 1976, p.5.

⁷⁵ ALMEIDA, Angélica de Maria Mello de. *O interrogatório do acusado como ampla defesa*, dissertação de Mestrado , Curso de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da universidade de São Paulo, 1999, pp. 64-65

⁷⁶ Cf ROSSETTO. Enio Luiz. *A eficácia e a relevância da confissão no processo penal brasileiro*, dissertação apresentado ao Curso de Pós-Graduação, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, abril de 1999, p. 274. “*Todos tienen derecho(..), a no declarar contra si mismos, a no confesarse culpables e a la presunción de inocencia.*” Tradução livre do autor.

perguntas tendentes ao apuramento da sua responsabilidade, em qualquer fase do processo...”

77

Como se vê, o direito ao silêncio é consagrado plenamente nos modernos ordenamentos jurídicos, tendo ganho, ao longo dos tempos, o significado de uma garantia essencial e necessária dos diversos modelos de estrutura processual.

1.6 Processo penal e Constituição

São vários os princípios do processo penal que ganharam sede constitucional e estatura de direitos fundamentais com a Constituição de 1988, e, entre eles o direito ao silêncio.

Em um Estado democrático de direito, fundado no princípio da soberania popular, devem ser garantidos os direitos fundamentais do homem. A democracia deve realizar os valores de igualdade, liberdade e dignidade, mas também os valores de segurança e obediência ao direito constituído. Para isso, a Constituição Federal buscou, de acordo com Azevedo: “o ponto ótimo de equilíbrio entre o direito de liberdade e o dever estatal de punição do fato delituoso, entre a plena expressão da personalidade humana e os superiores interesses sociais.”⁷⁸

Foram vários os dispositivos que a Constituição consagrou para alcançar esse equilíbrio, os quais exprimem forte ligação entre Constituição e processo, acentuada por José Alfredo de Oliveira Baracho:

⁷⁷ PALMA, Maria Fernanda. *A constitucionalidade do artigo 342º do Código de Processo Penal (O direito ao silêncio do arguido)*, in Revista do Ministério Público, v. 15, nº. 60, out/dez de 1994, p. 101

⁷⁸ AZEVEDO, David Teixeira. *O interrogatório do réu e o direito ao silêncio*. Revista do Tribunal, vol. 682, ano 81, agosto de 1992, p. 285. Neste sentido, PINA, Antonio Lopez et al. *La garantía constitucional de los derechos fundamentales*, Madrid: Ed. Civitas, 1991, p. 21, afirma que “a resposta constitucional deve sempre partir do conceito Kantiano de autonomia do homem, a única categoria que permitiria nos conceder equilíbrio na relação igualdade e liberdade”.

ao ver o processo como garantia constitucional, fundamenta que as Constituições do século XX, com poucas ressalvas, reconhecem a necessidade de proclamação programática de princípio do direito processual, como necessário, no conjunto dos direitos da pessoa humana e as garantias respectivas⁷⁹.

A aproximação, entre Constituição e processo, gera o surgimento do Direito Processual Constitucional, que examina o processo em suas relações com a Constituição,⁸⁰ e isso acaba contribuindo, segundo Antonio Scarance Fernandes, para o desenvolvimento de estudos específicos sobre normas processuais de índole constitucional.⁸¹

Da mesma maneira posiciona-se Esparza Leibar⁸², afirmando que é correta a denominação de que o processo penal é o direito constitucional aplicado.

Ada Pellegrini Grinover, examinando o direito processual à luz dos princípios e regras constitucionais, salienta que é preciso não só verificar a adequação das leis à letra e ao espírito da Constituição, mas também vivificar os textos legais à luz da ordem constitucional,⁸³ instituindo um verdadeiro Direito Processual Constitucional, definido por Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Dinamarco como sendo a condensação metodológica e sistemática dos princípios constitucionais do processo⁸⁴.

A Constituição Federal, ao incorporar os essenciais valores humanos realizados dentro do processo, informa e conforma o sistema processual dando caráter específico aos institutos de natureza processual, de acordo com David Teixeira de Azevedo.⁸⁵

⁷⁹ BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo Constitucional*, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1984, p.123.

⁸⁰ Idem, *ibidem*.

⁸¹ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*, 2ª ed., ver., e atual., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 15

⁸² ESPARZA LEIBAR, Iñaki. *El principio del proceso debido*, Barcelona, José Maria Bosh Editor, S.A, 1995, p. 125

⁸³ GRINOVER, Ada Pellegrini. *As garantias constitucionais do processo*, Novas Tendências do Direito Processual (de acordo com a Constituição de 1988), Rio de Janeiro: Forense, 1990 pp. 14-15

⁸⁴ ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos, GRINOVER, Ada P. e DINAMARCO, Cândido R.. *Teoria Geral do Processo*, 13ª. ed., São Paulo: Malheiros, 1997, n. 33, p. 79

⁸⁵ AZEVEDO, David T. *O interrogatório do réu, . O interrogatório do réu e o direito ao silêncio*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 81, vol. 682, agosto de 1992, p.286

1.6.1 O direito ao silêncio como manifestação do direito de defesa

A garantia do devido processo legal, amparado na ampla defesa, expressa-se igualmente no direito de calar⁸⁶ e tem como finalidade preservar os direitos do acusado ou do condenado.

Nesse sentido, no direito alemão, segundo Albin Eser, citado por Theodomiro Dias Neto, a liberdade de declaração é uma forma de proteger o indivíduo em não ser convertido em meio ativo de prova contra si próprio:

constitui pois um direito de defesa perante o Estado, com duas dimensões correspondentes às duas formas possíveis de defesa que se encontram à disposição do acusado: uma dimensão positiva que garante a possibilidade de defesa ativa frente a uma imputação e uma negativa, correspondente ao direito ao silêncio.⁸⁷

Portanto, o direito ao silêncio está ligado ao direito de defesa, pois toda a participação pessoal do acusado, inclusive no interrogatório, assume característica de defesa. Importante dizer que o silenciar do acusado só pode acontecer na segunda parte do interrogatório, referente ao questionamento dos fatos ocorridos, não podendo silenciar, o acusado, na primeira fase do interrogatório, quando lhe são pedidos os dados referentes à sua qualificação como nome, naturalidade, profissão etc.

O réu não pode ser impedido de exercer seu direito ao silêncio, nem mesmo ser pressionado, ameaçando-o de que, se exercê-lo, poderá prejudicar a sua defesa.⁸⁸

Possui, o direito de defesa, natureza de direito subjetivo, já que exercê-lo não constitui um dever imposto ao acusado, mas faculdade, sob a ótica da autodefesa.

⁸⁶ AZEVEDO, David Teixeira de. *O interrogatório do réu e o direito ao silêncio*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 81, vol. 682, agosto de 1992, p. 290

⁸⁷ ESER, Albin. “*Die Rechstellung des Beschuldigten im Strafprozess der Bundesrepublik Deutschland*”, in: *Deutsch-Ungarisch Kolloquium über Strafrecht und Kriminologie*. Hrsg. Von ^a Eser und G. Kaiser. Freiburg: Nomos, S. 141-167, *apud* DIAS NETO, Theodomiro, *O direito ao*, op. cit. p.185-186

⁸⁸ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*, 12^a ed., São Paulo: Ed. Saraiva, 1990, vol III, p. 247

Sendo a autodefesa aquela exercida pelo próprio réu, em momentos fundamentais do processo,⁸⁹ o silêncio, nas palavras de Enio Luiz Rossetto,⁹⁰ pode ser “a forma mais adequada para sua autodefesa, defendendo-se, no processo, da maneira como ele ache melhor.”

Portanto, a autodefesa decorre da ampla defesa. Porém, a autodefesa depende da vontade do acusado, porque somente ele pode escolher entre exercê-

la ou não; por isso, se diz que ela é renunciável, mas não pode ser dispensada, segundo Scarance Fernandes.⁹¹ Da mesma forma, Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes esclarecem ser a autodefesa “indisponível, na medida em que, mais do que garantia do acusado, é condição da paridade de armas, imprescindível à concreta atuação do contraditório.”⁹²

Também se liga o silêncio do réu, no interrogatório, à defesa técnica. Acentua David Azevedo que a voluntária impropriação de prova, muitas vezes pode significar, além do exercício da autodefesa, a atuação estratégica da defesa técnica”.⁹³

1.6.2 O direito ao silêncio e o contraditório

Liga-se o direito ao silêncio ao contraditório. Este, em resumo, segundo Joaquim Canuto Mendes de Almeida, é “a ciência bilateral dos atos e termos processuais e possibilidades de contrariá-los”.⁹⁴

⁸⁹ SCARANCA FERNANDES, Antonio. *Processo penal constitucional*, 2ª ed., ver. e atual., São Paulo: RT, 2000, p. 268

⁹⁰ ROSSETTO, Enio Luiz. *A eficácia e a relevância da confissão no processo penal brasileiro*, dissertação apresentada ao Curso de Pós-Graduação, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, abril de 1999, p. 257

⁹¹ CF FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*, 2ª ed., ver. e atual., 2000, p.269

⁹² GRINOVER, Ada et alii. *As nulidades do processo penal*, 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 68

⁹³ AZEVEDO, David. *O interrogatório...*, op. cit., p. 289. Azevedo, afirma que “à defesa prévia pode interessar o silêncio, pois muitas vezes o indiciado ou o réu, além de não ter ciência exata dos fatos por que perquerido, está sob domínio de emoção aguda que lhe prejudica a inteligência e memória, ou se sente inseguro pela ausência de defensor de sua confiança”.

Neste sentido, Thomas Hobbes já dizia que, “a falta de ciência, isto é, a ignorância das causas, predispõe, ou melhor, obriga os homens a confiar na opinião alheia,”⁹⁵ e continua o mesmo autor: “A ignorância do significado das palavras, predispõe os homens para confiar não apenas na verdade que não conhecem, mas também nos erros e, o que é mais, nos absurdos daqueles em quem confiam.”⁹⁶

Logo, não basta querer contradizer a acusação, tem-se que conhecê-la perfeitamente para defender-se. Esta defesa só se faz possível por intermédio da informação, que viverá e se exprimirá num último momento, que é o da reação.

Conhecida a acusação, o réu deverá ter vontade de contradizer, por suas próprias palavras, ou calar-se ante o conteúdo acusatório.

Bem indicam esse liame entre contraditório e direito ao silêncio, Maurício Zanóide e Maria Thereza Moura:

O direito ao silêncio conecta-se à regra do contraditório real e efetivo, na medida em que, para o real exercício daquele, não é suficiente a ciência formal da acusação, mas a perfeita compreensão do imputado dos termos, da extensão e conseqüências da incriminação. Somente tendo a consciência perfeita do que lhe é imputado poderá o interrogado saber se lhe é conveniente falar ou calar, produzir ou não determinada ou, ainda, praticar ou não atos lesivos a sua defesa.⁹⁷

Certo é que, o direito ao silêncio é instrumento de garantia do contraditório, uma vez que colocado como opção concedida ao preso, ou indiciado, no início da persecução penal, representa, de um lado, a “preambular conformação da autodefesa, com ou sem a integração da defesa técnica: e, por outro, o reconhecimento de que aquela resulta do exercício de um direito constitucionalmente encartado na ampla defesa e particularizado no contraditório.”⁹⁸

⁹⁴ MENDES DE ALMEIDA, Joaquim Canuto. *Princípios Fundamentais do Processo Penal*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p.8

⁹⁵ HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado civil*, Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza as Silva, São Paulo: Ed. Nova Cultural, 2000, p.94.

⁹⁶ Idem, ibidem. Thomas Hobbes diz que nem o erro nem o absurdo podem ser detectados sem o perfeito entendimento das palavras.

⁹⁷ MOURA, Maria T. de A. e MORAES, Maurício Zanóide. Op. cit. p. 138

⁹⁸ TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal*, tese, 1993, p.394

Portanto, o réu quando toma conhecimento do teor da acusação contra ele impetrada e opta pelo silêncio, faz uso do contraditório (ato bilateral) a que tem direito, já que o seu silêncio é a sua forma de defender-se.

1.6.3 O direito ao silêncio e a presunção de inocência

O contraditório une-se ao princípio da presunção de inocência, posto que a violação deste último importa, na assunção, ao réu, do ônus de provar, causando, como observa Antonio Magalhães Gomes Filho, não só a inversão do ônus da prova, mas também um deslocamento de seu objeto, pois o acusado deverá provar a desculpa, ao invés do acusador ter de provar a acusação.⁹⁹

A presunção de inocência é consagrada em nossa legislação na Constituição Federal de 1988, no artigo 5º, inciso LVII, que preceitua: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”.

Também a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, artigo 9º, declara: “Sendo todo homem presumido inocente, se for julgada indispensável a sua prisão, todo rigor desnecessário à sua segregação deve ser severamente reprimido.”¹⁰⁰

O direito ao silêncio liga-se à presunção de inocência a partir do momento em que esta impede que o exercício daquele seja interpretado em desfavor de quem o exerce, conforme Maurício Zanóide e Maria Thereza Moura.¹⁰¹

Todavia, já se decidiu que o exercício do direito ao silêncio pode ser utilizado contra quem se utiliza dele,¹⁰² uma evidente afronta ao princípio da presunção de

⁹⁹ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Presunção de Inocência e Prisão Cautelar, tese, São Paulo*, p. 67

¹⁰⁰ TUCCI, Rogerio Lauria. *Direitos e Garantias....op.*, cit., p. 403

¹⁰¹ MOURA, M. T. e MORAES, M. *O Direito ao Silêncio ...*, op. cit., p. 138

¹⁰² TACRIM SP RT719/458, rel. o juiz Renato Nalini.

inocência, que, segundo Rogério Lauria Tucci, corresponde, tecnicamente, “à não-consideração prévia de culpabilidade.”¹⁰³

Para Antonio Magalhães Gomes Filho:

o duplo significado do preceito declarado pela Assembléia Nacional Francesa como direito natural, inalienável e sagrado do homem: de um lado, regra processual segundo a qual o acusado não está obrigado a fornecer provas de sua inocência, pois esta é presumida; de outro lado, princípio que impede a adoção de medidas restritivas da liberdade pessoal do acusado antes do reconhecimento da culpabilidade.¹⁰⁴

O mesmo autor escreve que a sanção imposta ao silêncio como forma de coagir o réu a falar, visando à confissão, nega vigor ao princípio da presunção de inocência.”¹⁰⁵

“Interpretar o silêncio em prejuízo do réu significa, negar o princípio da presunção de inocência, mentir o contraditório, o direito e a garantia à ampla defesa, além de desrespeito à intimidade do membro do corpo social”.¹⁰⁶

Deflui do que foi escrito ser o direito ao silêncio decorrência lógica do princípio da presunção de inocência, e daí, se exercido pelo acusado, não pode gerar qualquer presunção que lhe seja desfavorável.¹⁰⁷

1.7 O silêncio na legislação brasileira

Na legislação brasileira, o direito de o indiciado ou acusado permanecer em silêncio, é garantido pelo artigo 6º, inciso V, que dispõe: “Logo que tiver conhecimento da

¹⁰³ TUCCI, Rogério Lauria . Op. cit. Tese, p. 401. No mesmo sentido afirma Azevedo, David em *O interrogatório.....*, op., cit., p. 291, que “sob a égide da Constituição de 1969 vozes se levantaram contra a interpretação do silêncio em prejuízo da defesa, vendo nela desrespeito ao princípio da presunção de inocência, pois haveria indício de culpa”.

¹⁰⁴ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Presunção de inocência e prisão cautelar*, São Paulo: Saraiva, 1991, p.9

¹⁰⁵ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Presunção.....*, tese, São Paulo, 1989, pp. 62-63

¹⁰⁶ AZEVEDO, David T. *O interrogatório do réu...op. cit. p. 291*

¹⁰⁷ STEINER, Silvia. *A Convenção Americana para Ibero-americana sobre direitos humanos e sua integração ao processo penal brasileiro*, São Paulo: RT, 2000, p.125. E segundo Joel Gora, *apud* em nosso sistema penal, em que o réu é presumido inocente até que provem em contrário, o direito contra a auto-incriminação apresenta grande importância visto que o réu não precisa apresentar evidências contra si mesmo ou pela própria boca, já que o ônus é do Estado.

existência da prática da infração penal, a autoridade policial deverá: ouvir o indiciado com observância , no que for aplicável, do disposto no Cap. III do Tit. VII,...”; e pelo art. 186 do Código de Processo Penal:

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 defesa¹⁰⁸

O direito ao silêncio está também, desde 1988, sob o manto da Constituição Federal, que dispõe, em seu artigo 5º, inciso LXIII: “o preso será informado de seus direitos entre os quais o de permanecer calado....”.

Uma parcela da doutrina brasileira, ao contrário de outra,¹⁰⁹ acreditava (mesmo antes das modificações trazidas pela lei 10.792 de 1º de dezembro de 2003), que a segunda parte do artigo 186 do Código de Processo Penal, prevendo que o silêncio do réu poderia ser interpretado em prejuízo de sua defesa, estaria revogada em função da nova ordem constitucional do artigo 5º, inciso LXIII, da Constituição de 1988¹¹⁰.

Sem dúvida, a segunda parte do artigo 186 já estava revogada, mesmo antes do advento da Lei 10.792, pois se o acusado silencia, está, na realidade, exercendo sua autodefesa, assegurada constitucionalmente, razão pela qual o exercício do silêncio não pode ser interpretado em seu desfavor. Conflita ainda, tal norma, com a regra de presunção de inocência, também consagrada pela Constituição em vigor.¹¹¹

¹⁰⁸ Caput com redação determinada pela Lei 10792, de 1º de dezembro de 2003, e parágrafo acrescentado pela mesma lei.

¹⁰⁹ Entre os que não defendem a revogação da segunda parte do art. 186 do CPP estão PEDROSO, Fernando de Almeida. *Processo penal, O Direito de Defesa: Repercussão Amplitude e Limites*, 2ª ed., São Paulo: RT, 1994, p. 29, ARANHA; Camargo, QUEIROZ TELES. Adalberto José de. *Da Prova em Processo Penal*, 3ª ed., São Paulo: Editora Saraiva, p. 78; TORNAGHI, Hélio. *Curso de Processo Penal*, op. cit., p. 382

¹¹⁰ Defendem a revogação, GRINOVER, Ada Pellegrini et all., em *As nulidades ...*, op. cit. p. 73; GRECCO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*, São Paulo: Saraiva, 1991, p. 200; AZEVEDO, David T. de., *O interrogatório do réu e o direito ao silêncio*, RT 682/285; MIRABETE, Julio Fabrini. *Processo Penal*, 2ª ed., São Paulo: Editora Atlas, 1992, p. 270

¹¹¹ CF COLTRO, Antonio Carlos Mathias. *O Silêncio, a Presunção de Inocência e sua Valoração*. *Justiça Penal*, v. 6, 1999 p. 301. Pior seria admitir-se à autoridade que for interrogar, advertir o acusado sobre a eventual consequência advinda de seu silêncio, caracterizando pressão que infringe o devido processo legal.

Deve-se acrescentar, sobretudo, que o interrogatório constitui meio de defesa, e somente ao acusado, caberá decidir se irá fornecer elementos que sirvam à formação do juízo acerca da autoria do fato que lhe é imputado ou de outras circunstâncias que se refiram a ele.¹¹²

Do mesmo modo, não mais prevalece a segunda parte do art. 198 do Código de Processo Penal, que adverte que o silêncio poderá ser elemento para a formação do convencimento do juiz, pois o silêncio não pode ser objeto de valoração jurisdicional; se é um direito, não pode acarretar nenhum tipo de sanção, nem mesmo um ônus.

Guilherme de Souza Nucci salienta: “dizer que o silêncio do acusado pode ajudar na formação do convencimento do magistrado é o mesmo que não lhe dar a possibilidade de ficar calado, pois ninguém se arriscaria a provocar no julgador um sentimento contrário a sua posição no processo, *in limine*.”¹¹³

E continua o mesmo autor : “Se algo é permitido, não pode acarretar, quando colocado em prática, qualquer tipo de sanção, ainda que camuflada”.¹¹⁴

1.7.1 A advertência quanto ao direito ao silêncio

É de suma importância, para a garantia do direito ao silêncio, a formulação da advertência ao acusado quanto a esse direito e quanto às conseqüências de seu exercício.¹¹⁵

¹¹² COLTRO, Antonio Carlos Mathias. *O Silêncio.....op. cit.*, p. 299. O autor salienta que “afirmar tenha sido recepcionada pela Constituição federal, assim, a ressalva inserida no art. 186 do CPP induz a negar-se a própria norma constitucional, a ela posterior, e, ainda que não fosse, superior à mesma, sem possibilidade, pois, de sobrepor-se ao mandamento maior.” Ainda salienta Coltro que sequer se há exigir do acusado justifique o motivo de haver-se calado, por exemplo, na polícia ou em juízo..., op., cit., p. 304

¹¹³ NUCCI, Guilherme de Souza. *O valor da confissão.....op. cit.*, p.169. O desconhecimento do acusado com relação aos seus direitos é suprido pela defesa técnica, contudo em certos casos em que isso não acontece.

¹¹⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. *O valor da confissão.....op. cit.* p. 170

¹¹⁵ CF SOUZA, Gilson S. de . “Prisão em flagrante, garantias constitucional de assistência da família e de advogado”, p. 276-279, RT, 682/356. O autor coloca que a falta de informação gera a ilegalidade do ato ou dos atos praticados, e até mesmo dos praticados com abuso de poder.

O interrogado deve ser informado que tem direito ao silêncio, e essa informação deve ser expressa de maneira clara. Não basta, assim, que o ordenamento jurídico venha a tutelar um determinado direito ou garantia, sem criar mecanismos que assegurem a sua efetividade.¹¹⁶

O dever de informação tem a finalidade de dar ciência ao acusado quanto ao direito ao silêncio, sua extensão e conseqüências do seu exercício, evitando, desta forma, uma auto-acusação involuntária pelo desconhecimento da lei.¹¹⁷

O acusado deve ser alertado também de que o exercício do direito ao silêncio não lhe acarretará conseqüências prejudiciais (com as do art. 198, que impõe que o silêncio poderá constituir elemento para a formação do juiz) , sendo por isso inadmissível que haja qualquer alusão a prejuízo para a defesa, como era o exposto na segunda parte do art. 186, antes da Lei 10.792 (de que o silêncio do réu poderia ser interpretado em prejuízo da própria defesa).

Deve-se acrescentar que, mesmo na presença do defensor, a autoridade interrogante não está desobrigada de advertir o acusado quanto ao direito ao silêncio.

Seria razoável, contudo, que aquela informação viesse a constar no auto de prisão ou no termo do interrogatório, ficando, por isso, devidamente oficializada. Desse modo, não caberia ao suspeito ou acusado comprovar que não foi cientificado adequadamente quanto ao seu direito de calar. A autoridade interrogante é que estaria incumbida de demonstrar que os requisitos legais foram cumpridos.

Interessante a decisão tomada nos EUA, mais especificamente pela Suprema Corte de Nova York, no caso *NY v. Quales* , quando se criou uma exceção ao princípio do

¹¹⁶ O acusado ou preso, deve ser informado não só do direito ao silêncio, mas também do direito à assistência da família e de advogado. Desta maneira, conforme GREVI, Vitorio. *Nemo...op.cit.*, p. 110-115, o desconhecimento do acusado com relação aos seus direitos, é suprido pela defesa técnica. Contudo, em determinados atos, não conta obrigatoriamente o acusado com assistência de defensor, sendo nessas oportunidades que deve haver maior rigor para a ciência do acusado em relação ao direito ao silêncio, como ocorre no interrogatório realizado pela polícia.

¹¹⁷ DIAS NETO, Theodomiro. *O direito.....op.*, cit., p. 190

nemo tenetur se detegere. Decidiu-se que se a segurança pública estivesse em perigo, a polícia ficaria desobrigada de informar ao suspeito a “*Miranda Ruling*”¹¹⁸, ou em outras palavras a situação de risco tornaria desnecessária a informação do direito ao silêncio.¹¹⁹

A respeito da advertência quanto ao direito ao silêncio em relação às testemunhas, Paolo Tonini¹²⁰ destaca que, a autoridade interrogante não está obrigada a informá-la do direito que tem de calar-se diante de indagações cujas respostas possam incriminá-la, já que, a testemunha ocupa posição subjetiva, tendo o dever de dizer a verdade.

De fato, embora a testemunha não tenha que ser advertida de maneira ampla quanto ao direito ao silêncio, ela deve ser alertada com relação às perguntas que possam incriminá-la. Contudo, a melhor solução seria que, ao adverti-la das penas decorrentes do falso testemunho, a autoridade informasse sobre seu direito ao silêncio quanto às perguntas que possam incriminá-la.

Em acréscimo, cumpre salientar que, para que do direito ao silêncio do acusado não lhe advenha nenhuma consequência prejudicial, tutelando amplamente o *nemo tenetur se detegere*, não deve haver consignação das perguntas não respondidas pelo acusado, bem como, as razões que alegou para tanto (o que será tratado em momento oportuno).¹²¹

1.7.2 Extensão subjetiva do direito ao silêncio

A Constituição Federal em vigor, no art. 5º, inc. LXIII dispõe que “o preso será informado de seus direitos entre os quais o de permanecer calado...”, assegurando apenas ao preso o direito ao silêncio.

¹¹⁸ Em virtude de serem extraídas a partir do caso *Miranda vs Arizona* (1966), as regras referentes ao direito ao silêncio, passaram a chamar *Miranda Rules*.

¹¹⁹ LILLY, GRAHAM C. *An Introduction to the Law of Evidence*, 2ª ed., St. Paul, West Publishing Co., 1992, pp. 443-445

¹²⁰ TONINI, Paolo. *La prova penale*, 3ª ed., Pádua: CEDAM, 1999, p. 110

¹²¹ QUEIJO, Maria Thereza. *O princípio.....*, op., cit., p. 161

Acontece que, “negar tal direito ao acusado que se encontra livre é ilógico, antijurídico e contrário ao nosso ordenamento,” como ressalta Maria Thereza R. de A. Moura e Maurício Zanóide de Moraes.¹²²

A melhor interpretação que se pode dar ao preceito constitucional é de que a preocupação principal do legislador foi com a pessoa capturada, sendo-lhe asseguradas as garantias mencionadas, mesmo fora e antes do interrogatório.

Porém, não há porque conceder o direito ao silêncio somente ao preso, mas também deve-se estendê-lo ao acusado que não esteja preso e ao indiciado, pois o interrogatório é o principal momento de autodefesa, tendo que ser lido e interpretado conjuntamente com as demais garantias.¹²³

Atinge, então, o direito ao silêncio, desde o mero suspeito até o acusado, e este, até na eventualidade de ser ouvido em segundo grau, aplicando-se, ainda, não só ao interrogatório policial, mas também ao judicial.

1.7.3 A relação entre o direito ao silêncio, o conceito de verdade no processo penal e os poderes instrutórios do juiz

Um dos principais obstáculos à aplicação do direito ao silêncio é o mito da verdade material, vinculado às idéias de liberdade absoluta do juiz, sem limitação de seus poderes de prova.

A idéia de que o processo penal tem como fim a busca da verdade material, pode desencadear arbitrariedades justificando, inclusive, a violação de direitos.

¹²² MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis e ZANÓIDE, Maurício. *O Direito ao silêncio*...., op., cit., p. 136

¹²³ GRINOVER, Ada P. et alii. *As Nulidades do*op. cit., p. 62e p.64

Haveria, assim, uma aparente contraposição entre o interesse individual de não se auto-incriminar, podendo fazer uso do seu direito de calar, e a busca da verdade real somada ao interesse público na persecução penal.¹²⁴

“No processo penal há uma tendência a se buscar a verdade com a cooperação do acusado, por suas palavras ou mediante a produção de provas que implicam a sua colaboração”, conforme Maria Thereza Queijo.¹²⁵

Fica claro que o silêncio está sendo valorado como prova: da mesma forma com que as respostas do réu são valoradas, também o seu silêncio será objeto de valoração.

¹²⁶ Constitui resquício da concepção que coloca o acusado, na busca da verdade real, como objeto da prova no processo penal.

A esse respeito, Theodomiro Dias Neto preleciona:

muito embora o direito processual penal moderno tenha abdicado do contributo do acusado na elucidação da verdade, é inegável que este continua a exercer um papel essencial como meio de prova, porquanto aquilo que ele diz e a forma como ele se comporta possuem um grande peso na formação da convicção do juiz.¹²⁷

Neste contexto, o conceito de verdade material é relacionado ao processo penal e ao princípio da livre investigação das provas, pois o juiz não fica limitado á iniciativa das partes na produção probatória, devendo buscar a verdade real, ou seja material.¹²⁸

Por isso, o melhor entendimento é de que a verdade apurada no processo penal (e civil) é a verdade processual. A verdade, obtida no processo, é sempre

¹²⁴ QUEIJO, Maria Thereza. *O princípio do nemo tenetur se detegere e suas decorrência...*, op., cit., p. 40

¹²⁵ QUEIJO, Maria Thereza. *O princípio.....*, op., cit., p. 40

¹²⁶ BARBIERO, Louri, *O interrogatório.....* op. cit. p. 90

¹²⁷ DIAS NETO. Theodomiro. *O Direito ao silêncio: tratamento nos direitos alemão e norte-americano*, in Revista de Ciências Criminais nº 19, p. 185,

¹²⁸ Existem distinções entre verdade material (real) e formal. Para FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e Ragione. Teoria del Garantismo Penale*, Roma: Ed. Laterza, 1997, p. 17, A verdade material corresponde à verdade absoluta, sem limites legais, sem se preocupar com regras processuais, podendo dar lugar a arbitrariedades. De outra parte, a verdade formal é apurada com respeito às regras processuais e às garantias de defesa, sendo esta mais controlada quanto ao método de aquisição, porém mais reduzida com relação ao conteúdo, se for comparado com a verdade material. É uma distinção quanto ao plano da investigação, e não uma distinção ontológica. A verdade material é relacionada à investigação dos fatos, independente de sua forma de obtenção; a verdade formal, mais restrita aos meios de investigação, pois se limita aos parâmetros legais.

probabilística, objetivando aproximar-se ao máximo, da realidade ocorrida.¹²⁹ É uma verdade aproximativa.¹³⁰

Embora pareça complicado admitir-se que a realidade processual seja uma verdade relativa no processo, que não corresponde exatamente aos fatos ocorridos, ela é necessária, pois dá lugar a critérios mais racionais de sua apuração.

Neste prisma, o conceito de verdade material no processo penal deixa de ser considerado sob a ótica de correspondência com a realidade “e passa a significar que a investigação dos fatos não deve ser influenciada pelo comportamento das partes, e que sua apuração deve ser feita de modo processualmente válido e não a qualquer custo.”¹³¹

Em um Estado de Direito, não se pode admitir que, para se alcançar a verdade processual, haja violação de direitos e de garantias do acusado. O valor verdade, não pode se sobrepor a outros.

Não poderá o juiz, na busca da verdade, determinar a produção de prova que implique a violação dos direitos do acusado, entre os quais está o direito ao silêncio. Neste sentido, Ada Pellegrini Grinover adverte que a idéia de levar-se o silêncio como indício de culpa já não tem suporte a mantê-la, observando que razões imprevisíveis podem induzir ao silêncio o inocente, sendo freqüente esse procedimento para encobrir outras pessoas.¹³²

¹²⁹ QUEIJO, Maria Thereza. *O princípio.....*, op., cit., p. 33. Contudo, menciona a autora, essa probabilidade não pode ser confundida com verossimilhança.

¹³⁰FERRAJOLI, Luigi. *Diritto e Ragione*, p. 24. O autor anui que a verdade processual é aproximativa, no que tange aos fatos, porque não é passível de verificação e experimentos, como ocorre cientificamente. Também QUEIJO, Maria Thereza. *O princípio.....*,op., cit., p. 42, destaca que a verdade processual é aproximativa na medida em que a verdade, coincidente com a realidade, é hipotética. Destaca, ainda, que nem mesmo o grau de certeza proporcionado por certas provas, fruto do desenvolvimento tecnológico (DNA) poderá justificar o sacrifício de direitos do acusado, em prol da busca da verdade.

¹³¹ QUEIJO, Maria Thereza. *O princípio*, op., cit., p. 36

¹³² GRINOVER, Ada Pellegrini apud COLTRO, Antônio Mathias,. *O silêncio, a presunção de inocência e sua valoração*. Justiça penal, São Paulo: RT, v.6 , nº13. 1999 , pp. 295-296.

Desse modo, mesmo sabendo que se deve buscar a verdade real, não se pode, sob hipótese alguma, obrigar o acusado a se auto-acusar. Nesta linha, Julio Maier coloca que: “a verdade deve ser averiguada mas não sobre as costas do imputado.”¹³³

1.7.4 A inexistência do dever de dizer a verdade, o *nemo tenetur se detegere* e o direito de mentir

A doutrina costuma associar o direito ao silêncio ao direito de mentir, por parte do acusado.

Na realidade, a mentira decorre da inexistência do dever de dizer a verdade, que por sua vez é uma outra decorrência do *nemo tenetur se detegere*.

Para Maria Thereza R. de A. Moura e Maurício Z. de Moraes, a nossa sistemática processual penal permite ao acusado até mesmo mentir quanto à sua imputação, no exercício de sua autodefesa.¹³⁴

Constata-se ainda que, em razão do direito contra auto-incriminação, o acusado não poderá ser submetido a juramento, com o correspondente dever de verdade.

Desta maneira o juramento fica afastado,¹³⁵ já que é visto como mecanismo para garantir a verdade das declarações prestadas. O juramento afeta a liberdade moral do acusado, compelindo-o a responder às perguntas formuladas, correndo o risco de auto-incriminação .

¹³³ MAIER, Julio B. J. *La ordenanza procesal penal alemana: su comentario y comparación con los sistemas de enjuiciamiento argentinos*, Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1978-1982, p.61

¹³⁴ MOURA, Maria Thereza de A. R. *Direito ao silêncio*.....op., cit., p. 140

¹³⁵ Excluem-se, ainda, as sanções que possam ser impostas ao acusado que faltar com a verdade.

Beccaria já reconhecia que, “exigir do acusado que juramente que irá dizer a verdade, é a maior contradição entre as leis e os sentimentos naturais. Afinal, como pode o homem jurar de boa fé que vai contribuir para sua própria destruição?”¹³⁶

A esse respeito, Emilio Ravignani acrescenta que:

exigir dele a verdade sob juramento é coloca-lo na dura alternativa de invocar o Santo nome de Deus para autorizar a mentira, ou de colocar o mesmo nas mãos do diabo durante toda sua existência, violando aquele axioma do direito natural que diz que ninguém é obrigado a se auto-incriminar.¹³⁷

Sem dúvida que a imposição ao acusado de jurar a verdade, vai de encontro ao *nemo tenetur se detegere*, pois aqueles que se recusassem a prestar juramento, seriam considerados suspeitos ou mesmo culpados.¹³⁸

Na Argentina, o juiz, antes de interrogar o processado, tem obrigação, conforme observa Javier Augusto de Luca,

de advertir-lhe de uma maneira clara e precisa, que pode livremente responder ou não as perguntas que lhe vão ser dirigidas {...}, e se resolver responder às perguntas, o juiz não poderá “exigir-lhe juramento e nem uma simples promessa de dizer a verdade.”¹³⁹

Também em decorrência do direito contra a auto-acusação (*nemo tenetur se detegere*), não poderão ser impostas sanções ao acusado que faltar com a verdade no interrogatório. O acusado pode silenciar e até mentir, desde que não traga prejuízo a outrem.

A questão é saber se existe um verdadeiro direito de mentir.

Na doutrina italiana, Ramajoli concorda com a existência de um direito à mentira, salientando que não só o direito ao silêncio decorre do direito contra a auto-acusação (*nemo tenetur se detegere*), mas também o direito de mentir.¹⁴⁰

¹³⁶ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*, parágrafo XI, São Paulo: Atena Editora, trad. de Paulo M. Oliveira, 4ª ed., p.61

¹³⁷ RAVIGNANI, Emilio. *Asambleas Constituyentes Argentinas*, t. 1, p. 64, citado por el Procurador General en Fallos, 281:178.(trad. Livre do autor).

¹³⁸ QUEIJO, Maria Thereza. *O princípio do*, op., cit., p.172

¹³⁹ DE LUCA, Javier Augusto. *Notas sobre la cláusula contra la autoincriminación coaccionada*, in Cuadernos de Doctrina Y Jurisprudencia Penal, nº 9, p. 266. Tradução livre do autor

¹⁴⁰ RAMAJOLI, Sérgio. *La prova nel processo penale*, Milão: CEDAM, 1998 pp. 12-13

O Código de Processo Penal alemão, de acordo com o § 136, inciso II, impõe que “o interrogatório deverá dar ao acusado a oportunidade de eliminar os motivos de suspeita que contra ele existem e de fazer valer os fatos que lhe forem favoráveis”¹⁴¹, o que envolveria, nas palavras de Theodomiro Dias Neto, um verdadeiro “direito à mentira”.¹⁴²

Em contrapartida, Azevedo concorda que o silêncio é um direito processual do réu, é a disponibilidade probatória da defesa.¹⁴³ Mas adverte que a prática do silêncio não importa um direito de mentir, pois a mentira não é um direito, mas uma conduta tolerada processualmente, não lhe cabendo especificamente nenhuma sanção, nem mesmo extra-processualmente.¹⁴⁴

O Supremo Tribunal Federal já decidiu a este respeito e concluiu que no direito ao silêncio inclui-se a “prerrogativa de o acusado negar, ainda que

falsamente, perante a autoridade policial ou judiciária, a prática da infração penal”.¹⁴⁵

¹⁴¹ DIAS NETO, Theodomiro. *O direito ao silêncio*.....op. cit., p. 187

¹⁴² DIAS NETO, Theodomiro. *O direito ao silêncio*.....op. cit., p. 187. Pode-se mentir desde que sua prática não resulte em crimes. Enquanto a doutrina diz que a mentira é um direito do acusado, não podendo a mentira ser avaliada como indício de autoria e culpa, a jurisprudência, ao contrário, no que se refere à pena, interpreta a mentira como indícios da personalidade do acusado.

¹⁴³ AZEVEDO, David. *O Interrogatório*....op. cit., p. 294, nota nº 37

¹⁴⁴ AZEVEDO, ibidem. Neste mesmo sentido, QUEIJO, Maria Thereza, *O princípio do nemo tenetur detegere e sua decorrências no processo pena*. Tese de doutorado para Faculdade do largo de São Francisco p.144, onde coloca que no sistema brasileiro não existem sanções para o acusado que falte com a verdade.

¹⁴⁵ *HABBEAS CORPUS* nº 68929, j. 22.10.91, RTJ 141/512. As restrições impostas estão no art 341 do CP, que incrimina auto-acusação falsa, punindo aquele que, perante autoridade, venha a acusar-se de crime inexistente ou praticado por outrem; no delito de denúncia caluniosa e no de calúnia, quando houver imputação falsa de delito a outrem.

II. O INTERROGATÓRIO E O DIREITO AO SILÊNCIO

2.1 Relação do interrogatório com o direito ao silêncio

“O interrogatório do latim *interrogare*, é ato processual constituído pelas declarações que, no juízo penal, presta o acusado argüido pela autoridade judicial, para sua defesa”, de acordo com Jorge Alberto Romeiro.¹⁴⁶

Já para Romeu Pires Campos Barros, o interrogatório, além de ser ato processual constituído pelas declarações que presta o acusado, no juízo penal, argüido pela autoridade judicial, para defender-se, pode ser definido também como sendo a tomada de declaração pelo juiz sobre sua pessoa e a veracidade ou não dos fatos.¹⁴⁷

Portanto, a voz é o meio de comunicação, de expressão, de contato com o mundo exterior. É a comunicação que traz ao mundo às idéias, o raciocínio do homem.¹⁴⁸ É no interrogatório que o acusado pode apresentar ao juiz a sua versão do fato, podendo influir diretamente na sua decisão final. Nesse prisma “toda a investigação consiste em recorrer a pessoas e palavras, a persuadilas de algum modo a que digam o que sabem e assim se vai conformando a prova.”¹⁴⁹

Torna-se claro, então, que a manifestação do silêncio tem como lugar fundamental o interrogatório. Porém, os contornos do interrogatório devem ser traçados pelo

¹⁴⁶ ROMEIRO, Jorge Alberto. *Considerações sobre o conceito de interrogatório*, in *Elementos de Direito Penal e Processual Penal*, São Paulo: Saraiva, 1978, p. 82-85

¹⁴⁷ BARROS, Romeu Pires Campos. *Direito Processual Penal Brasileiro*, São Paulo: Sugestões Literárias, v.2, 1971, p. 744.

¹⁴⁸ AZEVEDO, David. *O interrogatório*....op. cit., p. 288

¹⁴⁹ LUCA, Javier Augusto de. *Nota sobre la cláusula contra la autoincriminación coaccionada*. *Cadernos de Doctrina y Jurisprudência Penal*, Buenos Aires, v.5, nº 9, oct. de 1999 p. 274. Neste sentido HITTERS, Juan Carlos *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Tomo II, Sistema Interamericano- El pacto de San José da Costa Rica, Ediar, 1993, p. 156, afirma que a proibição contra a auto-incriminação além de significar importante garantia, também significa uma garantia contra o acusado ser condenado com base exclusiva em suas declarações. Tradução livre do autor.

próprio acusado na medida de seus interesses. Deve ser entendido o interrogatório, assim, “como o momento de exercício pleno da autodefesa.”¹⁵⁰

2.2 O direito ao silêncio e a natureza jurídica do interrogatório

Conforme o ordenamento jurídico, considera-se o interrogatório, ora como meio de prova, ora como meio de defesa, ora concomitantemente meio de prova e meio de defesa, com prevalência de uma ou outra natureza.

Contudo, a conotação da natureza jurídica do interrogatório, sem dúvida, está relacionada à configuração dada pelos sistemas jurídicos ao princípio de que ninguém é obrigado a se auto acusar (*nemo tenetur se detegere*) ao direito ao silêncio do acusado.¹⁵¹

Assim, quando o acusado não é forçado a se acusar (*edere contra se*) e é titular do direito ao silêncio, o interrogatório não é considerado, pela doutrina, meio de prova.¹⁵²

“Na antigüidade, o interrogatório era tido, em regra, como prova. Assim na Babilônia, com o Código de Hamurabi, 2.123/2081 A.C., e no Egito, onde, por primeiro se adota o sistema processual inquisitório...”, conforme Angélica Mello.¹⁵³

Na Grécia e em Roma, o interrogatório ora era tido como meio de prova, ora meio de defesa, dependendo da maior ou menor liberdade estabelecida pelas instituições, utilizando-se a tortura com maior rigor em escravos.¹⁵⁴

¹⁵⁰ ALMEIDA, Angélica. *O interrogatório do...*, op. cit., p.54

¹⁵¹ GRINOVER, Ada. *O interrogatório.....*, op., cit., p. 16

¹⁵² Exemplo de interrogatório tido como meio de defesa é o italiano. A doutrina italiana levou em consideração, para considerar o interrogatório como meio de defesa, o art. 78, § 3.º do CPP: “A autoridade judiciária ou policial, antes do interrogatório, em qualquer fase do procedimento, deve advertir o acusado, reduzindo a termo a advertência, de que goza da faculdade de não responder, salvo no que concerne ao caput do art. 366 (à qualificação), mas que ainda que não responda prosseguir-se-á a instrução.

¹⁵³ ALMEIDA, Angélica Maria Mello de. Op. cit., tese, p.55

¹⁵⁴ ROMEIRO, Jorge Alberto. *Considerações sobre o conceito do interrogatório in Elementos de Direito Penal e Processual Penal*, São Paulo: Saraiva, 1978, pp. 82-85

Perante os Bárbaros, era tido como meio de prova, embora a tortura tivesse sido afastada em certos períodos, mas sempre permanecendo o juramento.¹⁵⁵

Os Hebreus foram os primeiros a considerar o depoimento do acusado como ato de defesa, e conforme Jorge Alberto Romeiro: “os que se acusavam a si próprios eram assemelhados aos indivíduos que enterravam uma espada dentro do coração, fatigados de viver.”¹⁵⁶ Não utilizavam a tortura e o juramento só era admitido em casos especiais, quando pudesse contribuir para provar a inocência do acusado.

Na Inquisição, durante a Idade Média, o interrogatório era essencialmente meio de prova, já que o réu era objeto do processo e não sujeito da relação processual.¹⁵⁷

O sistema inquisitório alastrou-se pelo mundo, e, segundo Grinover, “tomou pé em toda Europa, com exceção da Inglaterra, o sistema foi exasperado, levando à instrução secreta, ao uso das torturas como meio de prova, à redução da defesa como mera formalidade.”¹⁵⁸ O juramento do acusado era garantia de veracidade.

Na Inglaterra do século XVII, começa-se a dar relevo ao princípio de que ninguém é obrigado a se acusar (*nemo tenetur se detegere*), na medida em que se reconhece o direito ao silêncio, e este passa a fazer frente à obrigação de veracidade imposta até então.

O movimento iluminista, que culminou com a Revolução Francesa, passa a questionar a tortura e o juramento imposto ao acusado, e começa-se concomitantemente a considerá-lo como sujeito da relação processual protagonista de sua auto-defesa (*protagonista dell'autodifesa*).

Pouco a pouco, o direito ao silêncio se dissemina pelo mundo. Nos EUA, o princípio contra a auto-incriminação (*privilege against self-incrimination*) da V Emenda da Constituição dos Estados Unidos da América do Norte, representa a liberdade de consciência

¹⁵⁵ TORNAGHI, Hélio. *Instituições de Processo Penal*. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1977, vol. 3, p. 448 e ss

¹⁵⁶ ROMEIRO, Jorge Alberto. Op. cit. p.81

¹⁵⁷ CF ALCALÀ-ZAMORA Y, CASTILHO, Niceto, LEVENE, HIJO, Ricardo. *Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires: Editorial Guillermo Kraft Ltda, 1945, tomo II, p. 380

¹⁵⁸ GRINOVER, Ada. *Interrogatório do...*, in *Ciência Penal*, São Paulo: Ed. Convívio, ano III, nº 1, 1976, p. 18

do réu submetido a interrogatório. Passa o acusado a ter a possibilidade de tornar-se árbitro de seus próprios atos e palavras, tendo por fim o direito ao silêncio, pelo qual não é obrigado a responder perguntas que lhe fossem feitas, limitando, desta maneira, a busca da verdade.

2.2.1 A natureza jurídica do interrogatório na legislação brasileira e o direito ao silêncio

“O processo penal hodierno, há de inserir-se no quadro das liberdades públicas, para garantir ao indivíduo o *due process of law* que a Constituição lhe promete. E neste prisma o interrogatório do réu deve necessariamente ser meio de defesa.”¹⁵⁹

Nesta linha de pensamento, o juiz tem, através do interrogatório, conhecimento de notícias e elementos que poderão ser úteis para a descoberta da verdade, mas o acusado não tem de forma alguma, como sujeito de defesa, que fornecer elementos de prova que o prejudiquem, podendo então, fazer uso do direito ao silêncio.

Houve no Brasil, um período em que o réu não podia fazer uso do silêncio (embora o direito português vigente no Brasil até meados do século XIX, concedesse o direito contra auto-incriminação)¹⁶⁰, podendo ser submetido a tortura ou ainda lhe ser aplicada uma multa (conforme a gravidade do caso), para que prestasse declaração.¹⁶¹ O interrogatório era então meio de prova.

¹⁵⁹ GRINOVER, Ada. *O interrogatório do réu e o direito ao silêncio*, in Ciência Penal, ano III, nº 1, São Paulo: Ed. Convívio, 1976, p.21

¹⁶⁰ COUCEIRO, João Cláudio. *A garantia constitucional do direito ao silêncio*, São Paulo: RT, 204 pp.99-102. As Ordenações Manuelinas (1515), liv. III, Tit. XL, p.12, estabeleciam que “*a sexta cousa, que he necessária pêra o litigante ser obrigado depoer aos artigos, he, que non sejam os artigos criminosos, porque no feito crime nom he a parte obriguada depoer aos artigos que contra elle forem dados; porque sendo constringido pera a elles depoer, senpre neguaria o crime de que fosse acusado, e seria causa de cahirem perjuro, por escusar a pena por o tal malefício mereceria se o confessasse; e bem assi non será obriguado de depoer aos artigos, por que fosse demandado por algua pena pecuniária, ou sendo taees que encorreria nella, se confessasse os ditos artigos.*”

¹⁶¹ COUCEIRO, João Cláudio. *A garantia constitucional do direito ao silêncio*, dissertação de Mestrado para a faculdade de Direito do Lago de São Francisco, 2002, p.56.

Com a Constituição de 1824, o movimento liberal brasileiro aboliu a prática da tortura e, posteriormente, com o Código de Processo Criminal de Primeira Instância de 1832, o interrogatório passou a ser um meio de defesa, já que ao réu eram oferecidas condições para preservar os seus direitos de defesa, entre os quais estava o direito de permanecer em silêncio.¹⁶²

Nas palavras de Angélica M. Mello de Almeida: “No Brasil, se no Império e nos primeiros tempos da república, era o interrogatório peça de defesa, a partir da lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941, passou a ser meio

de prova”¹⁶³. Nesta legislação, que permanece até hoje, o direito ao silêncio é acolhido no art. 186 do Código de Processo Penal, tendo sido acolhido também pela Constituição de 1988, no art. 5º, inciso LXIII.

Cumprе salientar que a legislação brasileira considera o interrogatório meio de prova, não somente por ele estar inserido no capítulo das provas, mas sobretudo porque ao direito de calar é conferido um outro enfoque.¹⁶⁴

Assim, mesmo com a alteração trazida pela Lei 10.792 de 3 de dezembro de 2003, modificando o texto dos artigos 186 (que anteriormente dava ao réu o direito de permanecer calado, mas valorava o seu silêncio em seu desfavor), e 191 (que aludia que poderiam ser consignadas as perguntas que o réu deixasse de responder), o artigo 198 do

¹⁶² ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes apud COUCEIRO, op. cit., p. 57. O art. 98 do Código de Processo Criminal advertia que “as perguntas no inquérito policial, não podem ir além do que está disposto no art. 132 do Código de Processo e no art. 171 do Regulamento de 31 de janeiro de 1842: isto é, não podem ir além da qualificação pessoal do réu e da sugestão aberta sobre as arguições do condutor e das testemunhas que acompanham o réu preso em flagrante delicto”, e concluía que “era um inqualificável abuso” se os policiais ao invés de se limitarem a interrogar sobre as arguições feitas pelo condutor e testemunhas, estendam-se em perguntas sugestivas e capciosas.

¹⁶³ ALMEIDA, Angélica Maria Mello de. Op. cit. p. 65

¹⁶⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. *O interrogatório*, op., cit., p. 16

Código de Processo Penal,¹⁶⁵ ainda impõe ao réu que, embora o seu silêncio não importe em confissão, poderá constituir elemento para a formação do convencimento do juiz.

E, embora a legislação pátria considere o interrogatório meio de prova, a doutrina brasileira está dividida. Existem os que entendem ser o interrogatório meio de prova; os que o colocam como meio de defesa; os que o consideram, ao mesmo tempo, meio de prova e meio de defesa, havendo ainda os que entendem ser ele fonte de prova.

Defendem ser o interrogatório meio de prova¹⁶⁶: Romeiro, Campos Barros, Camargo Aranha, José Antonio de Andrade Goés.

José Antonio de Andrade Goes lembrava que, se o interrogatório está inserido no capítulo da prova, não poderia ter outra natureza jurídica senão a de ser meio de prova,¹⁶⁷ e por estar inserido entre os meios de prova, conclui Camargo Aranha, é considerado pelo juiz no seu livre convencimento, podendo atuar contra o acusado no caso da confissão, e por fim, o silêncio ou a recusa do acusado em responder às perguntas podem atuar como um ônus processual, embora acidentalmente possa ser meio de defesa.”¹⁶⁸

Levando-se em conta o fundamento de Serrano Neves, o interrogatório é meio de defesa e meio de prova, tendo portanto dupla destinação processual-penal. É ato de defesa quando considerado sob o ponto de vista subjetivo; e meio de prova, sob enfoque

¹⁶⁵ Art. 186: “ Antes de iniciar o interrogatório, o juiz observará ao réu que, embora o réu não esteja obrigado a responder às perguntas que lhe forem formuladas, o seu silêncio poderá ser interpretado em prejuízo da própria defesa”; art. 191: “Consignar-se-ão as perguntas que o réu deixar de responder e as razões que invocar para não fazê-lo”; art. 198: “o silêncio do acusado não importará confissão, mas poderá constituir elemento para formação do convencimento do juiz.”

¹⁶⁶ Na vigência do CPP de 1941, outros autores como Eduardo Espínola Filho e Ari Franco entendia ser o interrogatório meio de prova.

¹⁶⁷ GOES, José Antonio de Andrade. *Da Intervenção do Ministério Público e da Defesa do Interrogatório do acusado*, in *Justitia*, São Paulo, v. 83/131, 1973

¹⁶⁸ ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. “*Da prova no processo penal*”, São Paulo: Ed. Saraiva, 1994 p.68. Afirma este autor que se fosse o interrogatório, meio de defesa, a nomeação do defensor deveria antecedê-lo, quando o acusado não o tivesse, e mesmo com defensor presente ao ato processual, este não pode intervir por ser ato exclusivo do juiz. Além disso, BARROS, Romeu Campos, *Direito....*, v. 2, 1ª ed., 1971, p. 725 acrescenta que o acusado está sujeito à acareação com outras testemunhas, sendo portanto, o interrogatório meio de prova, cuja finalidade é assegurar a descoberta da verdade. Diz-se ainda que a conduta do acusado no interrogatório influenciam o juiz na apreciação da prova, tanto para incriminar como para exculpá-lo. Este autor considera o interrogatório essencialmente meio de prova e acidentalmente fonte de prova, BARROS, Romeu Campos. *Interrogatório do acusado e o princípio da verdade real*, in *Estudos de Direito penal em homenagem a Nelson Hungria, Forense*, 1965, pp. 315-327

objetivo, sendo o interrogatório, para este autor, peça de desencadeamento de instrução, discordando de Nelson Hungria, que coloca o interrogatório como peça de instrução”.¹⁶⁹

Compartilham da mesma posição de Serrano Neves: Azevedo, Hélio Tornaghi, Guilherme de Souza Nucci, Frederico Marques e Magalhães Noronha, sendo que este último autor justifica o seu posicionamento argumentando que o interrogatório: “é meio de prova, como bem claro deixa o CPP constituído com ele Cap. III do Título referente à prova. Negam-lhe muitos essa categoria, assinalando-lhe antes a de meio de defesa, mas a verdade é que não se lhe pode tirar de todo aquele característico. É ele concomitantemente meio de prova e meio de defesa”.¹⁷⁰

Azevedo diz tratar-se, o interrogatório, meio de prova quando seu conteúdo influir na decisão da causa; e meio de defesa, quando seu conteúdo for oportunidade oferecida ao acusado de produzir elementos de seu interesse à instrução da causa. Não há, portanto, nenhuma colidência entre esses fins, visto que toda atividade probatória desenvolvida pelo réu no processo é meio de prova exercido pela defesa.¹⁷¹

“O interrogatório é meio de prova quando a lei o considera fato probante (*factum probans*), e é meio de defesa e fonte de prova quando ela entende que ele por si nada prova, mas apenas faz referência ao fato probando e, por isso mesmo, é preciso ir buscar a prova de tudo quanto foi dito pelo réu”¹⁷², segundo entendimento de Tornaghi.

Entre os que classificam o interrogatório como meio de defesa destacam-se: Pimenta Bueno, Bento de Faria, Galdino Siqueira, Mendes Júnior¹⁷³ e Ada Pellegrini

¹⁶⁹ NEVES, Serrano. *O direito de calar*, Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1966, pp. 22-23

¹⁷⁰ NORONHA, Magalhães. *Interrogatório*, in Enciclopédia Saraiva, vol. 62, p. 534-537

¹⁷¹ AZEVEDO, David Teixeira. Op. cit. p. 287

¹⁷² TORNAGHI, apud BARROS, Romeu Campos. Op. cit., pp. 534-537

¹⁷³ ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. *O Processo Criminal Brasileiro*, v. 2, 3ª ed., Rio de Janeiro, Typ. Baptista de Souza, 1920, p. 231. Nesta época (antes do CPP de 1941), João Mendes já considerava o interrogatório como meio de defesa. O acusado, para ele, tinha o direito de responder lacônicamente, e o juiz deveria respeitar sua decisão, fazendo com que prevalecesse o princípio da inviolabilidade do direito de defesa. PIMENTA BUENO, José Antonio, *Apontamentos sobre o processo criminal brasileiro*, 2ª ed. Rio de Janeiro,: Empreza Nacional do Diário, 1857, pp 356-357. FARIA, Antonio Bento de. Código de Processo Penal Decreto-

Grinover. Fernando da Costa Tourinho Filho também defende ser o interrogatório meio de defesa, pois o réu não é obrigado a responder às perguntas do juiz.¹⁷⁴ Aliás, conforme Antonio M. de Barros, Fernando da Costa Tourinho Filho passou a ver o interrogatório como meio de defesa, por causa do reconhecimento do direito ao silêncio na Constituição Federal de 1988.

Concebem o interrogatório como fonte de prova Magalhães Filho, para quem no processo acusatório, reconhecido o direito ao silêncio, o interrogatório não deve ser considerado meio de prova, e sim de defesa, podendo ser fonte de prova, pois do interrogatório podem resultar elementos probatórios,¹⁷⁵ que podem ser usados pelo juiz para dedução imediata do fato de provar,¹⁷⁶ contribuindo para seu convencimento.¹⁷⁷ Acata a mesma posição, Espínola Filho.¹⁷⁸

Aliás, admite Ada Pellegrini Grinover, amparada em Vitorio Grevi que: “o interrogatório possa ser considerado como fonte de prova, pois através das declarações espontâneas do réu submetido a interrogatório, o juiz pode tomar conhecimento de notícias e elementos úteis para a descoberta da verdade.”¹⁷⁹

Contrariando esta posição, Guilherme de Souza Nucci afirma que o interrogatório pode até ser meio de prova, ou meio de defesa, mas nunca fonte, mesmo porque, em nosso país, os conceitos de fonte e meio estão “entrelaçados”, e “tentar

le de 3 de out. de 1941, Rio de Janeiro: Record Editora, 1960 p.242, SIQUEIRA, Galdino, *Curso de Processo Penal*, 2ª ed., São Paulo: Livraria Magalhães, 1937, p. 332

¹⁷⁴ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*, 12ª ed., vol. III, 1992, p. 238

¹⁷⁵ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova...*, p.148

¹⁷⁶ CARNELUTTI, Francesco. *La prueba civil*, trad. Alcalá-Zamora y Castilho, Buenos Aires: Ediciones Arayu, 1955, pp. 89-90. São fontes de prova os fatos percebidos pelo juiz para dedução imediata do fato a provar.

¹⁷⁷ MANZINI, Vincenzo. *Tratatto di diritto processuale penale*, vol. IV, 1932, p. 161. Manzini salienta que o interrogatório é meio de prova, pois contribui para o convencimento do juiz.

¹⁷⁸ ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo Penal brasileiro anotado*, 3ª ed., Rio de Janeiro: Borsoi, p. 24, 1954, v 1 e 2

¹⁷⁹ GRINOVER, Ada. *Interrogatório.....*, op. cit. pp. 20-21

diferenciá-los aponta unicamente para uma vontade sutil de fazer prevalecer o aspecto de defesa que, realmente, deve possuir o interrogatório, mas não se justifica”.¹⁸⁰

É preferível a posição que coloca o interrogatório como meio de defesa, podendo excepcionalmente ser fonte de prova, pois ele contribui para o convencimento do juiz.¹⁸¹

Portanto, se o interrogatório é meio de defesa, o silenciar do preso, do indiciado ou do acusado, pode ser a forma mais adequada de autodefesa. Ele pode optar em defender-se no processo na forma que estime mais conveniente para seus interesses, inclusive exercitando o seu direito de defesa no interrogatório, ou de guardar o silêncio previsto pela Constituição.¹⁸²

Assim sendo, embora diga-se que a questão da especificação da natureza jurídica do interrogatório é política legislativa, trata-se na realidade de questão que está intimamente ligada ao “*nemo tenetur*” e ao direito ao silêncio, pois dependendo da natureza jurídica dada ao interrogatório, reconhece-se ou não um verdadeiro direito ao silêncio.¹⁸³

2.2.2 A delimitação do direito ao silêncio no ato do interrogatório

Discute-se sobre a delimitação do direito ao silêncio no interrogatório, ou seja, se o direito ao silêncio se aplicaria a todo interrogatório ou apenas à parte final.

A nova redação do art 187 do Código de Processo Penal (dada pela Lei 10792), faz distinção entre dois tipos de perguntas que serão feitas ao imputado: “sobre a pessoa do acusado e sobre os fatos”(art. 187, caput, do CPP).

¹⁸⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. *O Valor da confissão...*, op.; cit., p. 166

¹⁸¹ ROSSETTO, Enio Luis. *A eficácia e a relevância*, op., cit., p. 253 . A contradição, a mentira e a forma reticente de responder do acusado podem ser o caminho que leva à realidade dos fatos. Entretanto, o julgador não deve superestimar as possíveis contradições e mentiras do acusado, fazendo delas elemento principal da motivação.

¹⁸² ROSSETTO, Ênio Luiz. *A eficácia...*op. cit. p. 257

¹⁸³ GRINOVER, Ada. Pellegrini *O interrogatório...*op. cit. 27-28

Desta forma, no parágrafo primeiro do art. 187 do Código de Processo Penal, o interrogado será perguntado sobre a residência, meios de vida ou profissão, oportunidades sociais, lugar onde exerce a sua atividade, vida pregressa, notadamente se foi preso ou processado alguma vez e, em caso afirmativo, qual o juízo do processo, se houve suspensão condicional ou condenação, qual a pena imposta, se a cumpriu e outros dados familiares e sociais.

Assim, o imputado deve responder corretamente as perguntas sobre a sua qualificação e os seus antecedentes, sob pena de responsabilidade criminal.¹⁸⁴

Nas palavras de Guilherme S. Nucci “não fornecer a qualificação ou ministrá-la falsamente não é direito do réu, e nem faz parte, de modo algum, do direito à ampla defesa.” Visa esta limitação do direito ao silêncio no interrogatório a preservar a segurança do processo e da justiça, evitando que um inocente seja incriminado, o que seria desastroso.¹⁸⁵

“A qualificação antecede ao interrogatório e só neste é que se reconhece o exercício da autodefesa; portanto, não se deve confundir o direito de calar com a obrigação a ele imposta de fornecer elementos verdadeiros sobre a sua própria identidade,”¹⁸⁶ conforme decisão do Tribunal Criminal, que teve como relator o juiz Afrânio Antunes.

Na segunda parte (art. 188, parágrafo segundo do CPP), será perguntado sobre: I-ser verdadeira a acusação que lhe é feita; II- não sendo verdadeira a acusação, se tem algum motivo particular a que atribuí-la, se conhece a pessoa ou pessoas a quem deva ser imputada a prática do crime, e quais sejam, e se com elas esteve antes da prática da infração ou depois dela; III- onde estava ao tempo em que foi cometida a infração e se teve notícia desta; IV- as provas já apuradas; V- se conhece as vítimas e testemunhas já inquiridas

¹⁸⁴ BARBIERO, Louri. Op. cit., p. 87. Incorre em crime de desobediência 9Srt. 330 do CP), e, se o fizer de forma incorreta, comete crime de falsa identidade (art. 307 do CP) ou de falsidade ideológica (art. 299 do CP)

¹⁸⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. *O valor da confissão como meio de prova no Processo Penal*, 2ª ed., revista e atualizada, São Paulo: RT, 1999, nota nº 61, p. 169

¹⁸⁶ TACRIM, Ap. Crim. 2ª Ccrim., rel. Juiz Afrânio Sayão de Paula Antunes in Revista In Verbis nº 0, p. 14

ou por inquirir, e desde quando, e se tem o que alegar contra elas; VI- se conhece o instrumento com que foi praticada a infração, ou qualquer objeto que com esta se relacione e tenha sido apreendido; VII- todos os demais fatos e pormenores que conduzam à elucidação dos antecedentes e circunstâncias da infração; VIII- se tem algo mais a alegar em sua defesa.”

Assim, se a qualificação é indispensável, o acusado pode decidir-se entre: fornecer às autoridades policiais e judiciais suas declarações a respeito dos fatos, ou manter-se em silêncio. O direito ao silêncio não fica comprometido, pois insere-se na segunda parte do interrogatório (art.188, I à VIII)¹⁸⁷.

Se o acusado não presta declarações ou depoimentos, é porque não o deseja, e às autoridades policiais e judiciais não compete forçá-lo,¹⁸⁸ e nem mesmo, do silêncio, poderão subsistir conseqüências prejudiciais como as advertências feita ao réu de que o seu silêncio poderá ser usado para auto-incrimina-lo. Somente assim o direito ao silêncio é pleno.

2.3 O direito ao silêncio em sua plenitude no interrogatório e o *nemo tenetur se detegere*

Entre as diversas modalidades do princípio *nemo tenetur se detegere*, está a mais incisiva: o direito ao silêncio. Este, por sua vez, só se consubstancia em um direito ao silêncio pleno, quando o princípio do *nemo tenetur se detegere* for concebido

¹⁸⁷ Art. 188: O réu será perguntado sobre o seu nome, naturalidade, estado, idade, filiação, residência, meios de vida ou profissão e lugar onde exerce a sua atividade e se sabe ler e escrever, e, depois de cientificado da acusação, será interrogado sobre: I- onde estava ao tempo em que foi cometida a infração e se teve notícia desta; II- as provas contra ele já apuradas; III- se conhece a vítima e as testemunhas já inquiridas ou por inquirir, e desde quando, e se tem o que alegar contra elas; IV- se conhece o instrumento com que foi praticada a infração, ou qualquer dos objetos que com esta se relacione e tenha sido apreendido; V- se verdadeira a imputação que lhe é feita; VI- se, não sendo verdadeira a imputação, tem algum motivo particular a que atribuí-la, se conhece a pessoa ou pessoas a que deva ser imputada a prática do crime, e quais sejam, e se com elas esteve antes da prática da infração ou depois dela; VII- todos os demais fatos e pormenores, que conduzam à elucidação dos antecedentes e circunstâncias da infração; VIII- sua vida pregressa, notadamente se foi preso ou processado alguma vez e, no caso afirmativo, qual o juízo do processo, qual a pena imposta e se a cumpriu...”

¹⁸⁸ MEHMERI, Adilsom. *Inquérito policial: dinâmica*, São Paulo: Saraiva, 1992, p. 98.” Se o intimado tiver prejudicado a sua defesa, nada poderá invocar em seu direito, uma vez que tal prejuízo teria advindo exclusivamente de sua própria culpa”. RF 107:549,

verdadeiramente, ou seja, quando não existirem como conseqüências do seu exercício, o estabelecimento de indícios ou presunções, nem a imposição de um ônus de verdade.

É na evolução do princípio que percebe-se as diversas nuances dadas ao direito ao silêncio, conforme a teoria empregada.

2.3.1 A obrigação de veracidade

Pelo prisma da teoria da obrigação de veracidade, o que prevalece é o interesse punitivo em que o réu sujeita-se à autoridade judiciária, à negação de titularidade de qualquer direito e qualquer vantagem, e tendo a obrigação de dizer a verdade. O réu é objeto e não sujeito do processo.

É situação oposta ao direito ao silêncio. Hoje, esta teoria não se sustenta visto que nenhuma sanção é imposta à obrigação de veracidade; poderia falar-se até em obrigação moral, mas nunca em obrigação de dizer a verdade.

2.3.2 Dever de veracidade

Esta teoria foi encabeçada por Carnelutti, segundo afirma Ada Pellegrini Grinover.¹⁸⁹

Nesta concepção teórica, o direito ao silêncio, nada mais é do que o dever de dizer a verdade. O acusado era visto como titular de um dever de veracidade, se sujeitando à punição que representava um elemento purificador. Sendo que a pena era um bem e não um mal, o dever de veracidade seria instituído em benefício do réu.

¹⁸⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Interrogatório.....op. cit.*, p.22

Esta idéia de conceber a pena em sua função medicinal conecta-se às idéias da Inquisição, em que ao réu eram negados os seus direitos fundamentais em nome da justiça e para seu bem.

2.3.3 O ônus da verdade

Cumpra salientar, primeiramente, que ônus não é dever, porque quem alega e não comprova a veracidade de sua alegação, não será punido por esta omissão, embora corra o risco de suportar o prejuízo que dela decorre; nem tampouco pode ser confundido com obrigação, já que ônus é uma faculdade e não uma obrigação.¹⁹⁰

A Teoria do ônus da verdade teve Foschini como um dos idealizadores.¹⁹¹ Nesta concepção, é dada ao réu a faculdade de calar-se, desde que assuma os riscos de tal atitude. Acolhe o princípio do *nemo tenetur se detegere* de forma mitigada, limitando-o pelo ônus da verdade, pois o exercício do silêncio poderá acarretar ao acusado, sérias conseqüências, como o risco de fornecer uma prova por presunção.¹⁹²

Ainda aqui não se pode falar de reconhecimento de um direito ao silêncio, já que do silêncio advém uma presunção de culpa, que fere a inviolabilidade de defesa.¹⁹³

A propósito, é interessante ressaltar que esta teoria ainda é acolhida em vários ordenamentos, entre os quais o nosso.

¹⁹⁰ BARROS, Marco Antonio de. *A Busca da Verdade no Processo Penal*. Tese. Faculdade Direito da Universidade de São Paulo-USP, 2001, p. 150

¹⁹¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. *O interrogatório.....op., cit., p. 22*

¹⁹² GREVI, Vittorio. *Nemo tenetur.... op. cit. p. 8*

¹⁹³ CF GREVI, Vittorio, citado por GRINOVER, Ada Pellegrini em *O interrogatório.....op., cit., p. 23*, “do silêncio ou da mentira do réu não podem deduzir-se presunções que superem a presunção de inocência, solenemente proclamada no art. 9º da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, ou que superem o princípio *indubio pro reo*”

2.3.4 O direito ao silêncio pleno

O direito ao silêncio só pode ser reconhecido em sua plenitude, se do seu exercício não resultam conseqüências prejudiciais a sua defesa. Lembrando que o silêncio não pode ser usado em todo o interrogatório, apenas em parte dele (como será comentado posteriormente).

Calar não significa confessar nem admitir a imputação, nem tão pouco não ter respostas, mas significa não querer fazer uso de uma faculdade processual.¹⁹⁴

Ao calar-se, o acusado age como titular do direito ao silêncio, exercendo-o como forma de proteção à própria intimidade, constituindo a terceira liberdade fundamental ao lado da segurança e da liberdade de locomoção.¹⁹⁵

Porém, o exercício pleno do direito ao silêncio tem sido impedido pela crença de que o imputado tem que colaborar na busca da verdade.

Miguel Reale, lembrando Del Vecchio, salienta que embora a verdade seja valor preservado pela ética e pelo direito, “nem sempre é obrigatório revelar o próprio pensamento, e que, às vezes, o dever chega a impor o silêncio e o segredo.”¹⁹⁶

2.4 Vedação da utilização de determinados métodos no interrogatório

Decorre da proibição contra a auto-incriminação, a vedação de métodos de interrogatório que possam violar a dignidade de autodeterminação do acusado.

¹⁹⁴ SANDEVILLE, Lorete Garcia. *O Direito ao silêncio*. Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, n.36, São Paulo, dez. 1991, 36/241

¹⁹⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades públicas e processo penal*, 2ª ed., São Paulo: RT, pp. 69-181

¹⁹⁶ REALE, Miguel. *Da obrigação de dizer a verdade*, in *Estudos de filosofia e Ciência do direito*, Saraiva, 1978, p.11

Deste modo, o acusado não pode sofrer qualquer tipo de pressão, seja moral ou física, que resulte em sua auto-incriminação.

São proibidas todas as condições que cerceiem o exercício da autodefesa no interrogatório, cabendo, conforme Angélica Mello, ao defensor “intervir na medida em que não sejam asseguradas, no interrogatório, as condições plenas que propiciem ao acusado o exercício da autodefesa. E que condições seriam estas? São aquelas que permitem, em primeiro lugar, o direito de calar.”¹⁹⁷

O juiz não deve, objetivando a confissão, utilizar métodos de interrogatório, como emprego de promessas, persuasões¹⁹⁸ ou mesmo ameaças que influenciem o acusado a não exercer o direito ao silêncio.¹⁹⁹

Em seguida, se não quiser se omitir, durante o interrogatório, o acusado terá o direito de ser perguntado de modo claro e preciso, sem que lhe sejam feitas perguntas capciosas. Estas são perguntas com duplo sentido, que podem induzir o acusado ao engano, fazendo com que suas declarações não sejam espontâneas.²⁰⁰

Ressalta Hélio Tornaghi que “o réu deve responder ao interrogatório livre e conscientemente sem coação nem erro. O juiz não lhe deve armar ciladas e muito menos fazer-lhe perguntas sugestivas, que já trazem engatilhada a resposta. O interrogado não é uma pesquisa psicanalítica, nem o juiz um inquisitor preocupado em devassar-lhe os escaninhos da alma”²⁰¹

¹⁹⁷ MELLO, Angélica. Op. cit. p. 82

¹⁹⁸ Embora Grevi, Vittorio, em *Nemo tenetur se detegere*, op. cit., p. 130, afirma que a única arma que o juiz pode utilizar para descobrir a verdade seja a persuasão, melhor seria não utilizá-la já que corresponderia a um estímulo para que o acusado responda; contudo, o juiz pode utilizar associação de idéias ou métodos que não influenciem o ânimo do acusado.

¹⁹⁹ Ressalta, MALATESTA, Nicola F. dei . *A Lógica das Provas.....*, op. cit. vol. II, p. 168 , que “o magistrado deverá portanto ouvir as desculpas do acusado com o espírito livre de qualquer preocupação, e de qualquer juízo antecipado; deverá ouvi-lo com a atenção mais escrupulosa....”, como ensina Nicola F. dei Malatesta.

²⁰⁰ GREVI, Vitorio, *Nemo tenetur se detegere*, p.122. Não podem ser feitas perguntas obscuras, tendenciosas nem sugestivas.

²⁰¹ TORNAGHI, Helio B. *Instituições.....* op. cit. p. 348. ALTAVILLA, Enrico, *Psicologia Judiciária*, v.2 , Saraiva, 1946, p. 43, por sua vez, afirmava que o magistrado deve interrogar sem métodos inquisitórios, sem gestos odiosos, mas também sem sentimentalismo retóricos.

Da mesma maneira, é vedado o uso de qualquer forma de violência física ou moral, empregada contra o acusado para fazê-lo cooperar.

O uso de certos métodos de interrogatório acabam por se transformar em verdadeira tortura contra o acusado, como a imposição por certos magistrados ao interrogado de permanecer em pé, ao efetuar suas declarações. Mais grave, ainda, quando exigem o uso de algemas, como que é de praxe que aconteça, no caso de réu preso.²⁰²

O interrogatório assim realizado viola o direito contra a auto-incriminação, pois o acusado perde ou tem reduzida a sua capacidade de avaliação com relação às indagações feitas.²⁰³

Angélica de Almeida salienta:

Assim é que não podem ser admitidos interrogatórios mediante tortura entendida aqui em seu sentido amplo. Não só correspondendo a coação física, mas a qualquer ato de intimidação que é constrangimento, nos termos da Convenção contra Tortura, aprovada em 10 de dezembro de 1984 pela ONU. Está incluída aqui, inclusive a proibição de interrogatórios fatigantes e exaustivos e prolongados.²⁰⁴

Existem outros métodos, segundo Antonio Magalhães Filho²⁰⁵, que também afetam a liberdade de declaração, a intimidade e a dignidade do acusado, como os métodos químicos (a narcoanálise, o soro da verdade), e os psíquicos (a hipnose, a submissão do acusado ao *lie detector* ou polígrafo e outros.

Por isso, via de regra, os referidos métodos de interrogatório não têm sido empregados nem mesmo com o consentimento do acusado.

²⁰² PITOMBO, Sergio Marcos de Moraes. *Emprego de algemas. Notas em prol de sua regulamentação "Inquérito policial- Novas Tendências"*, Belém : Cejup, 1986, pp. 49-92

²⁰³ QUEIJO, Maria Thereza. *O princípio ...op.*, cit., p. 167

²⁰⁴ Neste sentido Angélica de M. M. de Almeida, op. cit., p. 87

²⁰⁵ GOMES FILHO, Antonio. *Direito à Prova no processo penal*, São Paulo: RT, 1997, p. 116. Já para ALMEIDA JR., A e COSTA Jr., J. B. de O E... "*Lições de medicina legal*", 5ª ed., Ed. Nacional 1978, p. 528, existem três categorias de processos que têm sido aplicados para constranger testemunhas ou acusados a dizerem a verdade: "a) os que enfrentam diretamente o psiquismo consciente, coagindo o declarante, pela violência, a escolher entre o sofrimento futuro, diluído no tempo ou problemático: são os vários tipos de tortura inquisitiva; b) os que, fazendo adormecer as forças inibitórias do psiquismo superior, facilitam a reprodução, palavras do fato que o declarante quer ocultar: aqui se incluem narcose (os famosos soro da verdade) e hipnose; c) os processos que exploram as manifestações involuntárias fisiológicas ou psicológicas, determinadas na declarante pela emoção: são os chamados testes reveladores da mentira, ou *lie detectors* usados pelos norte americanos.

As limitações, quanto aos métodos de interrogar, são estabelecidas no interesse da justiça e não somente do acusado.

2.5 A investigação no Brasil e a fase pré-processual

Existem, além do inquérito policial(art. 4º e ss do Código de Processo Penal), várias modalidades de inquérito: o inquérito policial militar (art. 9º e ss do Código de Processo Penal Militar), e a Comissão Parlamentar de Inquérito art. 58 parágrafo 3º, da Constituição Federal de 1988).²⁰⁶

“A investigação preliminar é peça fundamental para o processo penal.”²⁰⁷ Conforme coloca Aury Celso Lopes Jr., embora o sistema adotado no Brasil, denominado de inquérito policial, tenha sido culpado por muitos dos problemas que acontecem na fase pré-processual, é ele imprescindível para que tenhamos um processo racional.²⁰⁸

“O inquérito policial é instrução provisória, inicial, antecedente da segunda e definitiva, judicial”.²⁰⁹

Para Guilherme Nucci, “o inquérito é um meio, pois, de extirpar, logo de início, dúvidas frágeis, mentiras arditamente construídas para prejudicar alguém, evitando-se julgamentos indevidos, de publicidade danosa,” mas o inquérito policial, continua, “não tem qualquer contorno judicial, sendo inválido para produzir provas, via de regra, contra o réu.”²¹⁰

²⁰⁶ CF a CONSTITUIÇÃO FEDERAL, art. 58, § 3º, disciplinou a CPI: “As comissões parlamentares de inquérito, que terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas, ...”; as comissões parlamentares de inquéritos, serão tratadas especificamente em no Capítulo VI, deste trabalho.

²⁰⁷ LOPES JR., Aury Celso. *A Crise do inquérito policial: Breve análise dos sistemas de investigação preliminar no processo penal*, in Revista Ibero-americana de Ciências Penais, ano 1, nº 0, publicação do Centro de Estudos Ibero-Americano de Ciências Criminais- CEIP, maio-agosto de 2000, p. 57

²⁰⁸ LOPES JÚNIOR., Aury Celso. *A Crise do Inquérito Policial.....*,op. cit., p. 57

²⁰⁹ OLIVEIRA, Lourival Gonçalves de. *Inquérito policial*, Revista de Processo n. 17/153

²¹⁰ NUCCI, Guilherme de S. *O valor da confissão como meio de prova no processo penal*, 2ª ed., revista e ampliada, São Paulo: RT, 1999, p.189

Completando a idéia anterior, já assinalava Carnelutti: “.....nesta fase preliminar não se faz para a comprovação do delito é somente para excluir uma acusação desmedida”.²¹¹

Contudo, nos anos 30, houve grande movimento em prol da incisão do juizado de instrução. O pretendido juízo de instrução “limitaria a função policial, nos moldes do sistema policial inglês, à autoridade policial caberia a missão meramente apuratória da materialidade e da autoria do fato criminoso, sem se imiscuir no âmbito inquisitorial de apuração das acusações”.²¹²

A importância do inquérito se confirma na sua manutenção pelo legislador pátrio, apesar dos reiterados movimentos para a criação de um juízo de instrução, justificando-se que: “é ele (o inquérito policial) uma garantia contra apressados e errôneos juízos, formados quando ainda persiste a trepidação moral causada pelo crime ou antes que seja possível uma exata visão de conjunto dos fatos”.²¹³

2.6 O inquérito policial e o direito ao silêncio

Guilherme de Souza Nucci, aponta que o primeiro exercício do direito ao silêncio “pode ocorrer na fase de investigação do delito, quando o suspeito não está obrigado a dar qualquer declaração à autoridade policial.”²¹⁴

Não poderia haver, então, a indagação que por vezes acontece: “Ah! Mas a lei fala, apenas em juiz....Que tem a ver, portanto, a polícia com a regrinha do costume forense?”²¹⁵

²¹¹ CARNELUTTI, Francesco. *Derecho Procesal Civil y Penal*, trad. Enrique Figueroa Alfonso, México: Episa, 1997, pp. 338-346. Tradução livre do autor.

²¹² MEHMERI, Adilson. *Inquérito Policial: Dinâmica*, São Paulo: Saraiva, 1992, p.4

²¹³ CF Exposição de motivos do Código de processo Penal

²¹⁴ NUCCI, Guilherme de S. *O valor da confissão.....op. cit.*, p. 168

Dispõe o art. 6º, inciso V, do Código de Processo Penal, que no inquérito policial, à inquirição do indiciado, devem ser aplicadas as mesmas regras referentes ao interrogatório judicial do acusado.

Entende-se com isso, que, embora a Constituição vigente tenha se referido, no art. 5º, inciso LXIII²¹⁶, somente ao preso, a garantia do direito ao silêncio se estende também ao indiciado.

Sob o mesmo aspecto, Antonio Carlos Mathias Coltro²¹⁷ acrescenta que “seria incoerente admitir-se àquele que é preso e a quem a mesma Constituição tem como presumidamente inocente, silenciar e depois, no curso do inquérito policial instaurado para investigar o fato relativo à sua prisão ou quando é denunciado, ser obrigado a falar a verdade”.

Mais abrangente é a posição Müller-Dietz, afirmando que a tutela do princípio *nemo tenetur se detegere* deve ser antecipada, recaindo sobre o suspeito e a testemunha, pois a tutela seria incompleta se recaísse somente no interrogatório do indiciado e acusado.²¹⁸

Não se pode negar que dá-se um prolongamento do que consta no mandamento constitucional do art. 5º, inciso LXIII, relativamente ao âmbito do inquérito e da própria ação penal, sem que o que não haverá falar em pleno exercício do direito à defesa e nem mesmo na existência de um devido processo penal.

Ressalte-se que nos EUA, no famoso caso *Miranda x Arizona*, em 1966, a Suprema Corte afastou a utilização, como meio de prova, de interrogatório policial

²¹⁵ NEVES, Serrano. *O direito de calar*, Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1966, p. 21

²¹⁶ Art. LXIII: “O preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada assistência da família e de advogado.”

²¹⁷ COLTRO, Antonio Carlos Mathias. *O silêncio, a presunção de inocência e sua valoração*, 1999 in PENTEADO, Jaques de Camargo (coord.).in *Justiça Justiça Penal*, nº 6, 13, São Paulo: RT, 1999, p. 296

²¹⁸ O autor MÜLLER –DIETZ, Heinz, *Die Stellung des Beschuldigten im Strafprozeb*, 1981, p. 1170-1270, diz que o suspeito de hoje vir a ser um acusado, mas também pode vir a ser uma testemunha, *apud* DIAS NETO, Theodomiro, *O direito ...op.*, cit., p. 191

quando não precedido de enunciação dos direitos dos presos, em especial a advertência: “você tem o direito de ficar calado”.²¹⁹

Portanto, durante o inquérito policial, a condição de indiciado dá à pessoa alguns direitos, entre os quais o direito ao silêncio quando aquele for inquirido, conforme os artigos 6.º, n.º V, 186 do Código de Processo Penal.²²⁰

Aliás, o direito ao silêncio tem a finalidade de preservar a intimidade, não só do acusado na fase processual, e do indiciado na fase de investigação preliminar, mas também do suspeito e da testemunha, como será abordado em momento oportuno.

2.6.1 A definição da situação jurídica de indiciado e o direito de calar

Do que se tratou no tópico anterior, resulta o entendimento de que o direito de calar também deve ser garantido ao indiciado na fase do inquérito policial. A questão é saber qual o momento em que se deve garantir o direito de calar, sendo necessário que se defina a situação jurídica do sujeito passivo.

O agente da infração penal, “recebe diferentes denominações legais, à medida que vai tramitando o procedimento policial-judiciário.”²²¹

Conforme Adilson Mehmeri, ele é chamado de suspeito²²², nos primeiros momentos da investigação policial. Posteriormente, reunidos os indícios mínimos necessários para determinar a instauração do inquérito policial, o agente passa a ser tratado de indiciado. Com essa denominação, ele transpõe todos os atos do inquérito.²²³

²¹⁹ MORAES, Alexandre. *Direito ao silêncio e Comissões Parlamentares de Inquérito*, in IBCCRIM, ano 7, nº 79, junho de 1999, p. 13

²²⁰ CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, 40ª ed., São Paulo: Ed. Saraiva, 2000.

²²¹ MEHMERI, Adilson. *Inquérito Policial-dinâmica*, São Paulo: Saraiva, 1992, p. 95

²²² O suspeito é aquele contra o qual ainda não há indícios, mas suspeição, diante das primeiras informações do fato.

²²³ MEHMERI, Adilson. *Inquérito....op. cit.*, p. 95

Sérgio M. Moraes Pitombo ressalta que “a própria existência de graduação, no tocante à autoria, põe à luz a importância do indiciamento.....”²²⁴

Assim, o indiciamento²²⁵ implica certa qualificação jurídica, que determina conseqüências próprias no âmbito do procedimento inquisitivo, restringindo direitos do indiciado, e, da mesma forma, concedendo direitos à ele. Como instituto jurídico, o indiciamento deverá emergir configurado em ato formal de polícia judiciária”,²²⁶ devendo ser “um dos primeiros atos do processo, e não o último”.²²⁷

Entretanto, Aury Lopes coloca que existem muitas dúvidas, durante o inquérito policial, acerca da situação jurídica do sujeito passivo, sendo graves os prejuízos(risco de auto-incriminação por falta da advertência de seu direito ao silêncio) para a defesa, tanto pessoal como para a técnica.²²⁸

Afinal, o sujeito passivo, em caso de estar em liberdade, “comparece perante a autoridade policial na situação de testemunha, quando deveria fazê-lo na condição de imputado, com todas as garantias inerente a esta figura.”²²⁹

Nunca foi novidade em uma investigação criminal a situação em que, “logo após a autuação, sem que nada exista nos autos além de um boletim de ocorrência, venha já o indiciamento de um suspeito, ato isolado, muitas vezes lacônico e transformado em verdadeiro ponto de interrogação notadamente naquelas hipóteses em que o indiciado utiliza seu direito ao silêncio.”²³⁰

Por isso, a melhor orientação é que a partir do momento que exista uma imputação contra uma pessoa ou elementos que possibilitem a identificação do possível autor,

²²⁴ PITOMBO, Sérgio M. Moraes. *Inquérito.....*op. cit., p. 44. Para o autor a elevação de suspeito a indiciado necessita aflorar.

²²⁵ O indiciamento para RIVERO, J. *Droit administratif*, 7ª ed., Paris: Dalloz, 1975, p. 252, é o “resultado do encontro de um feixe de indícios convergentes”, que apontem o suposto autor da infração penal.

²²⁶ PITOMBO, Sérgio M. M. *Inquérito policial.....*op. cit., p. 44

²²⁷ LOPES JÚNIOR, Aury Celso. *A crise do*, op. cit., p. 81

²²⁸ Trata-se de sujeito passivo que está em liberdade, pois existindo prisão cautelar, estará disciplinado pela Constituição e pelo CPP.

²²⁹ LOPES JÚNIOR, Aury Celso. *A crise....*,op. cit., p. 44

²³⁰ CHOUKE, Fauzi H. *Garantias.....*op. cit., p. 143

deve este ser chamado a comparecer perante a autoridade responsável, sendo comunicado do direito ao silêncio, e de que poderá comparecer acompanhado de advogado, ou solicitar um, no caso de não ter condições econômicas.²³¹

Somente então, a autoridade procederá o indiciamento, se existirem indícios suficientes. Portanto, o suspeito, contra o qual ainda não existem indícios convergentes de autoria de infração penal, também faz jus ao direito ao silêncio.²³²

Na Alemanha, de acordo com o § 136, do Código de Processo Penal, logo no início do primeiro interrogatório(inquérito policial), o argüido não pode ser coagido a prestar declarações, e Karl Zbiden observa que deve ser respeitado em sua liberdade de decisão e de pronunciamento,²³³ ou em sua opção pelo silêncio.

No Brasil, “a reforma legislativa, inspirada no princípio acusatório e, portanto, na idéia de um processo penal democrático, reestruturaria o indiciamento para conferir-lhe um verdadeiro papel no curso do processo penal.”²³⁴

Desta forma, o anteprojeto do Código de Processo Penal, no art. 8º apresentava a seguinte redação final para o tema do indiciamento : “Reunidos os elementos informativos tidos como suficientes, a autoridade policial cientificará o investigado, atribuindo-lhe, fundamentadamente, a situação jurídica de indiciado, com as garantias dela decorrentes ”, e no § 1º “O indiciado, comparecendo, será interrogado com expressa observância das garantias constitucionais e legais.”²³⁵

²³¹ LOPES JÚNIOR, Aury Celso. *A crise do inquérito policial: breve análise dos sistemas de investigação preliminar no processo penal*, in Revista Ibero-Americana de Ciências Penais, ano 1, nº0, publicação do Centro de Estudos Ibero-Americano de Ciências Criminais- CEIP, maio-agosto de 2000, pp. 81-82. Imprescindível que conste da comunicação, uma síntese da imputação e esclarecimento relativo à qualidade em que ele comparecerá para declarar. Nota-se que também ao suspeito é concedido o direito de calar.

²³² QUEIJO, Maria Thereza. *O princípio do*, op. cit., p. 150. A autora reconhece que a testemunha também pode usar do direito ao silêncio, apenas que o fará somente em relação às perguntas que possam incriminá-la.

²³³ ZBINDEN, Karl. *Criminalística*, Ed. Lisboa, 1937, p. 233. Quanto à advertência ao suspeito do direito em calar, grande discussão tem surgido na Alemanha, pois é difícil estabelecer com precisão qual é o nível de suspeita necessário para converter um suspeito, que é objeto de indagações informativas, em acusado conforme DIAS NETO, Theodomiro. *O Direito ao Silêncio.....op.*, cit., p. 193

²³⁴ CHOUKE, Fauzi H. *Garantias.....op.*, cit., p. 153

²³⁵ AMBOS, Kai e CHOUKR, Fauzi H. *A reforma do.....*, op., cit., p. 31

2.5.2 Valoração do silêncio no inquérito policial

Para resguardar o direito de defesa exposto no artigo 5º, LVIII da Constituição, é imprescindível que no momento do interrogatório do indiciado, seja-lhe “comunicado o direito que lhe assiste a não declarar, sem que o exercício do direito ao silêncio acarrete qualquer consequência jurídica.”²³⁶

Contudo, o que acontece no âmbito do inquérito policial é a resistência aos direitos constitucionalmente assegurados.²³⁷

Com o intuito de evitar tal resistência, o anteprojeto do Código de Processo Penal no artigo 186 ressaltava, antes do advento da lei 10.792(que manteve o art. 198 no qual o silêncio pode influir no convencimento do juiz) que: “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 a perguntas que lhe forem formuladas.

Parágrafo único: O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa e tampouco poderá influir no convencimento do juiz.”²³⁸

Assim, a valoração do silêncio em desfavor do seu titular de direito, não pode ser admitida. Não se pode concluir que um inocente²³⁹ sempre procurará demonstrar a inveracidade das acusações que lhe foram lançadas, “sob pena de estar-se conferindo

²³⁶ LOPES JÚNIOR, Aury Celso. *A crise do inquérito: breve análise.....op.*, cit., p. 81

²³⁷ TACRIM, Apelação nº 772707, 6ª Câmara, rel. Juiz Almeida Braga, j. 20.1.93, v. u, in Sanches Carvalho, Geraldo. *Ficar calado: direito do réu?*, in IBCCRIM, boletim de jurisprudência, junho de 1993 “*Inquérito policial. Silêncio do réu. Indício de veracidade das acusações. Entendimento: o silêncio do réu na fase do inquérito policial, negando-se a responder às perguntas formuladas pela autoridade policial, é um sério indício de que, uma pessoa inocente, quando acusada injustamente da prática de um delito, procura, de todas as formas possíveis, demonstrar a inveracidade das acusações que lhe foram lançadas.*”

²³⁸ AMBOS, Kai e CHOUKR, Fauzi H. *A reforma do processo...op.*, cit., p. 66

²³⁹ Já dizia BENTHAN, Jeremy, citado por THORNTON, Peter et al, *Justice on Trial*, p. 36, que no século XVII, que “A inocência clama pelo direito de falar, enquanto a culpa invoca o privilégio do silêncio”

contornos de devido processo legal ao inquérito policial, mero procedimento informativo, que seguramente, não os tem.”²⁴⁰

Por isso, nenhuma consequência prejudicial pode ser admitida, em razão do exercício do direito ao silêncio. O silêncio não comporta valoração, e a única consequência admissível é a de que o acusado deixará de fornecer à autoridade interrogante a sua versão dos fatos.

2.5.3 A condução coercitiva no inquérito e o direito ao silêncio

Entende-se que o acusado tem o dever de comparecer ao interrogatório, mesmo que tenha optado pelo silêncio, podendo ser conduzido coercitivamente para tal fim.²⁴¹

No direito nacional, a previsão da condução coercitiva está no art. 260 do Código de Processo Penal, que dispõe: “Se o acusado não atender à intimação para o interrogatório, reconhecimento ou qualquer outro ato que, sem ele, não possa ser realizado, a autoridade poderá conduzi-lo à sua presença”.

Não obstante a nova sistemática jurídico penal moderna concede ao interrogatório caráter de defesa, não se podendo obrigar o indiciado a ele; em nossa legislação, a autoridade policial “não pode furtar-se ao imperioso dever de proceder ao interrogatório do indiciado, e se porventura este se opõe, não atendendo à intimação, deverá providenciar sua condução coercitiva.”²⁴²

²⁴⁰ CARVALHO, Geraldo Sanches de. *Ficar calado: direito do réu?*, in Boletim IBCCRIM (comentário de jurisprudência), São Paulo:, v.1, n ° 5, p. 5, junho de 1993

²⁴¹ A condução coercitiva é predominante nos ordenamentos jurídicos. Na Itália, a condução coercitiva justifica-se porque o acusado é sujeito potencialmente declarante, conforme FELICIONE, Paola, *Brevi note sul rapporto fra diritto al silenzio e accompagnamento coattivo dell'imputato per il confronto*, Cassazione Penale, n° 1989/1990, 1995, pp. 3467-3478; na Alemanha, ela só é cabível quando , em seu lugar, poderia ser determinada a prisão conforme COLOMER, Jua-Luis Gomez, *El proceso penal aleman. Introduccion y normas basicas*, Barcelona: Bosh Casa Editorial, 1985, p. 103,

²⁴² MEHMERI, Adilson. *Inquérito.....op. cit. p. 98*

Nesta linha, Tourinho Filho coloca que : “Se o indiciado não atender à notificação, nada impede seja o mesmo conduzido à presença da autoridade policial. O mesmo se diga se se tratar de testemunhas,” e continua: “O inquirido é eminentemente peça inquisitiva e *inquisitio sine coercitione nulla est.*”²⁴³

Acontece que, em razão do acolhimento do direito contra a auto-incriminação no ordenamento brasileiro, não é possível se conduzir o acusado coercitivamente para interrogatório, judicial ou policial. .²⁴⁴

Se o acusado pode silenciar, exercendo sua autodefesa, pode também deixar de comparecer ao ato do interrogatório, não se justificando, assim, sua condução coercitiva.

Neste sentido, Adilson Mehmeri salienta que a condução coercitiva vem sofrendo mitigações por parte da doutrina. Assim, o não comparecimento espontâneo do indiciado é problema dele.²⁴⁵

Antonio Scarance Fernandes²⁴⁶, mais recentemente, observou que não se pode o indiciado ou réu ser conduzido à presença da autoridade policial ou do juiz para a realização do interrogatório, já que este é renunciável.

²⁴³ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*, 12ª ed., São Paulo: Ed. Saraiva, 1990, p. 184. E conforme VITAL, Nelson, Regimento Interno e Súmula do STF, Forense, 1981, p. 570, também para a identificação criminal, se a autoridade policial solicita a identificação do indiciado, pode ele ser conduzido, “se por si ou através de defensor, nega-se a tanto.” Existem, ainda, aqueles que são a favor da condução coercitiva para identificação datiloscópica, PEDROSO, Fernando. *Processo Penal. O direito de defesa: repercussão, amplitude e limites*, 3ª ed., atual., e ampl., São Paulo: RT, 2001, p. 87, afirma que: “a identificação datiloscópica em nada interfere com o direito de defesa do imputado, quando se lhe concede a faculdade de não se auto-acusar (*nemo tenetur se detegere*), podendo por isso o não atendimento à intimação expedida para os fins do art. 6.º, do CPP, além de ensejar a condução coercitiva, configurar, em tese, o delito de desobediência. Embora exista Acórdão em sentido contrário, TACrim, 1972, em SALLES JÚNIOR, *Inquirido policial e ação penal*, p.79. Compartilha desta posição MOURA BITTENCOURT, op. cit. p. 34, dizendo que não pode ser exigida nova colheita de impressões digitais quando tal providência já foi tomada por ocasião da expedição da carteira de identidade; A Corte Suprema, com relatório de Lúcio Arantes, também confirmou que a identificação datiloscópica é dispensável, desde que o paciente já se tenha submetido à identificação civil.(inquirido policial e ação penal, cit., p. 79

²⁴⁴ Por força do *nemo tenetur se detegere*, salienta QUEIROZ, Carlos Alberto Marchi de. *A amplitude constitucional do direito ao silêncio* in Boletim IBCCRIM nº 46 de setembro de 1996, p. 2, que “o direito de permanecer calado não se circunscreve, unicamente, à interpretação fria e literal do cânone insculpido no inciso LXIII do artigo 5º da CF, mas, igualmente, a outras situações processuais penais, como o direito do indiciado a não participação da reconstituição do crime. Também não estará obrigado: ao teste do bafômetro, a acareação, a colheita de material gráfico e ao exame residuográfico. Todas estas situações deveriam ficar sob o manto de proteção do inciso LXIII do artigo 5º da CF.”²⁴⁴

²⁴⁵ MEHMERI, Adilson., *Inquirido policial...*op., cit., nota nº 19, p. 9. Neste sentido, Acórdão: “O desatendimento pelo réu ou indiciado à ordem de comparecimento não caracteriza o delito desobediência, pois faz parte de seu direito de defesa”

O melhor entendimento frente ao *nemo tenetur de detegere* e o decorrente direito ao silêncio, é de que não pode haver condução coercitiva para interrogatório.

2.7 A prisão em flagrante e o direito ao silêncio

O art. 6.º, inciso V, do Código de Processo Penal, dispõe que à inquirição do indiciado, no inquérito, devem ser aplicadas as mesmas regras referentes ao interrogatório do judicial do acusado.

Isso significa que, à luz da Constituição atual, o preso deve ser informado, antes de ser inquirido, de que tem o direito ao silêncio.

Percebe-se que o legislador teve a preocupação principal com o preso, porque, como bem observa Eugenio Cuello Calon, a prisão é, sem dúvida, a de maior gravidade entre as cautelas penais.²⁴⁷

Desta forma, conforme Giulio Iluminatti, deve-se evitar a utilização indiscriminada das medidas de natureza cautelar²⁴⁸ no processo penal que, “sob a justificção da urgência e da necessidade, acabam por subverter os princípios fundamentais do Estado de Direito...”²⁴⁹

E, por isso, Alberto Suárez Sánches considera, com razão, que “a detenção ou a prisão provisória na fase de investigação não tem razão de ser e é inconstitucional,

²⁴⁶ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal*, op., cit., p. 269

²⁴⁷ CALON, Eugenio Cuello. *Derecho penal*, 11ª ed., Barcelona, Bosh, 1953, t. 1, pp. 766-767

²⁴⁸ Para GOMES FILHO, Antonio Magalhães em *Presunção de inocência e prisão cautelar*, p.59, a prisão cautelar “não deve objetivar a punição, constituindo apenas instrumento para a realização do processo ou para garantia de seus resultados.” E conforme SABATINI, Giuseppe em *Trattato dei procedimenti nel processo penale*, Torino: UTET, 1953, p. 432, a prisão cautelar é uma “contribuição penal do acusado à atuação da justiça,” já que também atende a fins reconhecidamente extraprocessuais, como a imediata reação ao delito, prevenção de novos crimes que possam vir a ser praticados pelo réu, relacionados ou não com a 1ª infração.

²⁴⁹ ILUMUNATTI, Giulio. *Presunzione d’innocenza e uso della carcerazione preventiva come sanzione atipica*, Rivista Italiana di diritto e Procedura Penale, 21:923, 1978.

porque vulnera os direitos da presunção de inocência e a igualdade”²⁵⁰, e a Corte Constitucional colombiana tem declarado que:

se trata de instituições perfeitamente compatíveis com a Constituição enquanto tem um carácter preventivo, e não sancionatório. Por meio delas se busca assegurar que a pessoa indicada de haver cometido delito, quando contra ela existam indícios graves de responsabilidade, compareça efetivamente ao processo penal, é dizer que ela não escapará da ação da justiça.²⁵¹

Conforme Fauzi Hassan Chouke, a preocupação com flagrante delito é marcante na Carta Brasileira, pois o artigo 5º da Constituição Federal dedica, além dos incisos LXIII e LXIV, “mais quatro incisos para esta situação: LXI, LXII, LXV e LXVI, pela ordem”, onde “o primeiro deles trata da consideração de excepcionalidade do flagrante em relação aos demais tipos de prisão.”²⁵²

Quando ocorre prisão em flagrante, de acordo com o art. 304 do CPP, “uma vez apresentado o preso à autoridade competente, deverá ser lavrado o auto de prisão em flagrante, ouvindo-se o condutor e as testemunhas, e interrogando-se o conduzido.”²⁵³

Problema importante é saber qual o momento inicial em que o direito ao silêncio deve ser assegurado ao preso.

Conforme Maria Thereza Moura:

A primeira observação é a de que, aludindo ao direito ao silêncio e à assistência do advogado para o preso, a Lei Maior denota simplesmente sua preocupação inicial com a pessoa capturada: a esta, mesmo fora e antes do interrogatório, são asseguradas as mencionadas garantias.²⁵⁴

²⁵⁰ SÁNCHEZ, Alberto Suárez. *El Debido Proceso Penal*, Bogotá-Colombia: D’ vinni Editorial Ltda, 1998, p. 114. Livrementemente traduzido pelo autor.

²⁵¹ SÁNCHEZ, Alberto Suárez, *El Debido....op.*, cit., p. 114. Tradução livre do autor.

²⁵² CHOUKE, Fauzi Hassan. “*Garantias Constitucionais na investigação criminal*,” São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995, pp 74-75

²⁵³ MOURA, Maria T. R. de A. et al. *Direito ao silêncio.....op. cit.*, p. 141

²⁵⁴ GRINOVER, Ada P. et alii. *As nulidades no*, op. cit., pp. 71 e 73,

Neste sentido, Slaibi Filho ressalta que o interrogatório é também “a oitiva, formal ou informal, do acusado, ainda que seja fora do âmbito processual penal, o importante é que não possam tais informações servir, no futuro, contra o declarante.”²⁵⁵

Portanto, aquelas declarações feitas à imprensa, antes ou após a lavratura do flagrante, sem o conhecimento pelo preso de seu direito constitucional, e sem o contraditório, não podem, como acaba acontecendo, ser utilizadas judicialmente contra o interrogado, e continua Maria Thereza Assis Moura e Maurício Zanóide: “cremos que tal prática se insere no campo das provas ilícitas, porque obtida com infringência à norma constitucional assecuratória do direito ao silêncio.”²⁵⁶

É este o intuito da Portaria 3/92, de 26.3.92, que regulamenta a concessão de entrevistas pelos presos, nos seguintes termos:

a apuração da responsabilidade do cidadão pela prática de delito somente pode ser feita em regular inquérito policial, assegurado o direito do envolvido permanecer calado, vinculando a concessão de entrevistas à prévia autorização da Corregedoria e à concordância, prévia e por escrito do preso.²⁵⁷

E Maria Thereza R. de A. Moura e Maurício Zanóide de Moraes salientam:

As declarações do acusado devem ser reduzidas a termo, e devem constar do auto de prisão em flagrante. De igual modo, deve constar expressamente daquela peça a informação a respeito do direito ao silêncio conferido ao indiciado, reputando-se como não formuladas se dela não houver qualquer menção.²⁵⁸

São comuns no foro criminal, casos em que, ao ser preso em flagrante, o acusado não é imediatamente informado daquela garantia, só vindo a sê-lo quando autuado na repartição policial.²⁵⁹

²⁵⁵ SLAIBI FILHO, Nagib. *Anotações à Constituição de 1988. Aspectos Fundamentais*, 3ª ed., Rio Janeiro: Forense, 1992, p. 262

²⁵⁶ MOURA, Maria T. et al. *Idem*, *ibidem*

²⁵⁷ MOURA, Maria T. et al. *Idem* *ibidem* p.141. O Juiz Corregedor da Polícia Judiciária, Dr. Geraldo Francisco Pinheiro Franco, foi quem baixou a Portaria 3/92, de 26/03/92

²⁵⁸ *Idem*, p. 142

²⁵⁹ DELMANTO, Roberto. *O testemunho exclusivo de policiais e a violação ao direito ao silêncio nos casos de tóxicos*, in Revista do Advogado, São Paulo, 1998, p. 27

2.7.1 O desrespeito ao direito ao silêncio no inquérito policial e suas conseqüências no flagrante

Extrai-se das considerações anteriores que o indiciado deve ser advertido, antes de ser inquirido, de que tem direito ao silêncio.

A questão que se apresenta diz respeito às conseqüências da omissão da autoridade policial, quanto à informação do direito ao silêncio, na prisão em flagrante, já que “a leitura de direitos hoje constitucionalmente prevista guarda estreita semelhança com a quarta emenda da Constituição estadunidense, onde se prevê a necessária comunicação de direitos do preso quando de sua detenção, a fim de que possa condizentemente se defender.”²⁶⁰

De acordo com o art. 564, IV, do Código de Processo Penal (“a nulidade ocorrerá nos seguintes casos: inciso IV, por omissão de formalidade que constitua elemento essencial do ato.”) ocorrerá nulidade do ato se houver omissão de formalidade que constitua elemento essencial ao ato.

E, como observam Maria Thereza de Assis Moura e Maurício Zanóide, não há dúvida de que o interrogatório do indiciado(disposto no art. 6.º, V, do Código de Processo Penal) feito de acordo com as regras aplicadas ao interrogatório judicial, constitui elemento essencial do ato, e a não observância daquelas gera a nulidade do feito.²⁶¹

A esse respeito, Luis Grandinetti de Carvalho destaca que:

o preso deve ser advertido de que tem o direito ao silêncio, de que pode contatar a família ou qualquer outra pessoa, inclusive seu advogado, e, caso não tenha, tem a autoridade policial o dever de nomear-lhe um, ou de solicitar a presença de um defensor público ao órgão administrativo competente. A falta de qualquer dessas providências importa nulidade do flagrante e a prisão torna-se ilegal, por desrespeito às normas legais a que está vinculada, mas a nulidade do flagrante não importa nulidade do processo, “pois aquele serve, unicamente, de base para a denúncia ou a queixa.”²⁶²

²⁶⁰ CHOUKE, Fauzi Hassan. *Garantias.....*, op., cit., p. 91

²⁶¹ MOURA, Maria T., et al. *Direito ao silêncio.....*, op. cit., p. 143

²⁶² CARVALHO, Luis Gustavo C. Grandinetti de. *O Processo penal em face da Constituição*, Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 109

Outra não é a orientação de Carlos David Reis, para quem a nulidade do auto de prisão em flagrante, resulta no relaxamento da prisão do indiciado, mas não impede a continuidade do inquérito policial, e de posterior oferecimento de denúncia.²⁶³

Ressaltam, por sua vez, Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho, que a ausência da informação do direito ao silêncio gera nulidade do interrogatório, podendo esta assumir duas dimensões: uma mais moderada, que invalida somente o interrogatório, já que o conteúdo das declarações não contaminou os atos sucessivos, nem prejudicou a defesa, sendo que este interrogatório deverá ser refeito. Outra, a mais grave, é aquela em que do interrogatório resultou no sacrifício da autodefesa, e conseqüentemente, da defesa como um todo. Neste último caso, todo o processo tornar-se-á nulo.²⁶⁴

Portanto, para que haja reconhecimento da nulidade de um processo, ou só a do interrogatório, necessário se faz que haja sopesamento do prejuízo, no caso concreto, do direito de defesa. Se não houve advertência acerca do direito de calar, mas não existiu prejuízo para o indiciado, não há porque declarar nulidade do interrogatório policial, nem mesmo do processo.²⁶⁵

Conclui-se que, uma vez desrespeitados os ditames constitucionais, a prisão em flagrante se torna ilegal, sem possibilidade de convalidação, por não guardar a legalidade necessária. Mesmo assim, poderá até ser decretada a prisão preventiva.²⁶⁶

²⁶³ REIS, Carlos David Santos Aarão. *O silêncio do indiciado e a lavratura de auto de prisão em flagrante*, RT, 575 setembro de 1983, p. 330

²⁶⁴ FERNANDES, Antonio Scarance et alii. *As Nulidades do Processo Penal*, 3ª ed., São Paulo: Malheiros 1994, p. 69.

²⁶⁵ Na hipótese de ter sido mencionado ao indiciado que o seu silêncio poderia acarretar-lhe prejuízo, faz-se necessário que se descubra até que ponto tal comentário pode ter-lhe induzido a falar, e se isso afetou a sua autodefesa.

²⁶⁶ MOURA, Maria T. et al. *Direito ao*, op., cit., pp. 143-144

2.8 A Comissão Parlamentar de Inquérito e o direito ao silêncio

Ressalta Nelson S. Sampaio que a incidência da garantia contra auto-incriminação nas investigações de Comissões Parlamentares de Inquérito, em linhas gerais, é irrecusável.²⁶⁷

O direito ao silêncio apresenta-se “como verdadeiro complemento aos princípios do *due process of law* e da ampla defesa, devendo ser garantido não só ao acusado, mas também a todos os futuros acusados(por exemplo: testemunhas, vítimas), que possam ser processados ou punidos em virtude de suas próprias declarações.”²⁶⁸

Em face do direito constitucional ao silêncio, não se pode de maneira alguma forçar o investigado, que está perante uma Comissão Parlamentar de Inquérito, a produzir provas contra si mesmo, em respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana. Trata-se de um dos princípios fundamentais da República.²⁶⁹

Sob esta ótica, o Tribunal de cassação belga, em maio de 1993, tornou todo um processo penal inadmissível, porque anteriormente, o então “investigado”, não havia sido advertido de seu direito ao silêncio perante uma Comissão Parlamentar de Inquérito, como se constata no texto abaixo:

Antes de ser interrogado por um Juiz de instrução, um acusado tinha que comparecer perante uma comissão parlamentar, que o interrogava sob juramento e sem advertir-lo de seu direito ao silêncio; posteriormente, o Juiz de instrução, em seu interrogatório, se opoz a ata de sua declaração ante a comissão e voltou a interroga-lo sobre esse ponto. Segundo o Tribunal de cassação belga, tal procedimento não é compatível com os direitos da defesa, e em especial com o direito ao silêncio, e ao ataque dos direitos da defesa foi suficientemente grave para fazer inadmissível o processo penal posterior.²⁷⁰

²⁶⁷ SAMPAIO, Nelson S. *Inquérito Parlamentar*, FGV, 1964, pp 47-48

²⁶⁸ MORAES, Alexandre. *Direito ao silêncio e as comissões parlamentares de inquérito*. Boletim IBCCRIM, São Paulo, v. 7, n. 79, jun. 1999 p. 13. Conforme Apelação Criminal, do TJ/SP, nº 136.167-1, Mogi Guaçu, decisão 31.01.92

²⁶⁹ MORAES, Alexandre. *Direito...* op. cit. p.13

²⁷⁰ Cassação, sala 20, 6 maio de 199: *Rechtskundig Weekblad*, 1993-1994.382, *apud La Puest en Escena, in Processo Penales de Europa*, p. 629 Tradução livre do autor.

Como, porém, compatibilizar-se o direito ao silêncio, garantido aos investigados pela Constituição, e os poderes investigatórios das Comissões Parlamentares de Inquérito, visto que são duas normas constitucionais? Deve-se, para tanto, fazer breve análise da origem, atribuições e o campo de atuação das Comissões Parlamentares de Inquérito.

Na verdade, o que deve haver é um equilíbrio entre os interesses investigatórios das Comissões Parlamentares de Inquérito e as garantias constitucionalmente consagradas.

2.8.1 Origem e finalidade da Comissão Parlamentar de Inquérito

Embora a doutrina seja unânime em afirmar que as Comissões Parlamentares de Inquérito surgiram na Inglaterra, existe grande controvérsia acerca do marco histórico que as inaugurou.²⁷¹

Para uns, a prática das Comissões Parlamentares de Inquérito teria iniciado em 1689, na Inglaterra, para investigar a conduta do governo contra a Guerra da Irlanda;²⁷² para outros indicam a Alemanha é indicada como sendo a primeira a dispor sobre a Comissão Parlamentar de Inquérito,²⁷³ tendo ainda Ricardo de Medina Rubio como uns dos que apontam para a Bélgica, como sendo a primeira a fazer previsão constitucional das Comissões Parlamentares de Inquéritos.²⁷⁴

²⁷¹ KIMURA, Alexandre Issa. *CPI: Teoria e prática*, São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001, p.9

²⁷² Neste sentido, OLIVEIRA FILHO, João. *Inquéritos Parlamentares*, Revista de Informação Legislativa, nº 2, p. 68; JAQUES, Paulino. *Comissão Parlamentar de Inquérito e Governo de Gabinete*, Revista Forense nº 151, p. 83; A. Berriadale Keith, *Constitutional Law*, Londres, 1939, 7ª ed., p. 64.

²⁷³ COSTA, Moacyr L. da . *Origem, natureza e atribuições das Comissões Parlamentares de Inquérito*, in Revista de Direito Público, nº 9, pp 110-112

²⁷⁴ RUBIO, Ricardo de Medina. *La función constitucional de las Comisiones parlamentarias de investigación*, Madrid: Editorial Civitas, Universidad de Alicante- Cuadernos Civitas, 1994, p. 35. Também neste sentido JOSAPHAT MARINHO, *Natureza e Função Política das Comissões Parlamentares de Inquérito*, Revista Forense nº 151, p. 98

No Brasil, as Comissões Parlamentares de Inquérito, tiveram origem no art. 36 da Constituição Federal de 16 de julho de 1934, e seu art. 92, § 1º, VI, conferia poderes à seção Permanente do Senado Federal para “criar comissões de inquérito sobre fatos determinados observando o parágrafo único do art. 36.”

Mas foi sob a égide da Constituição de 1946 que sancionou-se a Lei Federal n.º 1.579, de 18 de março de 1952, que tratou especialmente das Comissões Parlamentares de Inquérito.

A Lei Federal n.º 1.579/52, foi recepcionada pela Constituição de 1988, que por sua vez, expressa em seu art. 58: “O Congresso Nacional e suas Casas terão comissões permanentes e temporárias, constituídas na forma e com as atribuições previstas no respectivo regimento ou no ato de que resultar sua criação...”, e no § 3º:

As Comissões parlamentares de inquérito, que terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas, serão criadas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, em conjunto ou separadamente, mediante requerimento de um terço de seus membros, para a apuração de fato determinado e por prazo certo, sendo suas conclusões, se for o caso, encaminhadas ao MP, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores.²⁷⁵

Yolanda Mendes assinala que a finalidade do inquérito parlamentar é “fiscalizar a conduta administrativa do governo e manter o Congresso e a opinião pública informados sobre a situação do país”²⁷⁶

Como definiu Antonio Ferraciù, consiste o inquérito parlamentar no direito de investigar o andamento do serviço público e a conduta do Governo e da administração, tendo também o escopo de resguardar a índole legislativa e administrativa.²⁷⁷

²⁷⁵ A Constituição atual recepcionou a Lei 1.579 com exceção do seu art. 3º, que dispunha sobre a necessidade de requerimento a juiz criminal para a intimação ou condução coercitiva, já que hoje a Comissão Parlamentar de Inquérito tem poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, concedido pelo § 3º da Constituição atual.

²⁷⁶ MENDES, Yolanda. *As Comissões Parlamentares de Inquérito*. Do Processo Legislativo, Brasília, 1972, p.43

²⁷⁷ FERRACIÙ, Antonio. *Inchiesta politica*, no *Nuovo Digesto Italiano*, Turim: Utet, 1938, vol. VI, p. 943. Tradução livre da autora.

Portanto, o inquérito parlamentar apura os fatos relevantes e determinados, respeitantes à condução e à atividade administrativa do governo, principalmente, quando for necessário, “preservar-lhe a transparência, normalidade e moralidade”.²⁷⁸

2.9 O direito ao silêncio do investigado e o poder de investigação da Comissão Parlamentar de Inquérito

Os poderes da Comissão Parlamentar de Inquérito restringem-se aos poderes que foram expressos na lei, quer no plano constitucional, quer no infraconstitucional, complementar às preceituações da Magna Carta.²⁷⁹

Neste sentido, se a Comissão Parlamentar de Inquérito tem poderes de investigação próprio das autoridades judiciais²⁸⁰, entre os quais o de intimar, fazer comparecer, e, se for o caso, tomar depoimentos de qualquer pessoa sobre o fato determinado, à Comissão Parlamentar de Inquérito poder-se-ão opor os mesmos limites formais e substanciais oponíveis ao poder instrutório dos juízes.²⁸¹

Entre tais limites estão o dever de sigilo e a “garantia constitucional contra a auto-incriminação- *nemo tenetur se detegere*- que tem sua manifestação mais eloquente no direito ao silêncio”.²⁸²

“Essa prerrogativa jurídica na realidade institui um círculo de imunidade que confere tanto ao indiciado quanto ao acusado proteção efetiva contra a ação eventualmente

²⁷⁸ TUCCI, Rogério L. *A Comissão Parlamentar de Inquérito: atuação, competência, caráter investigatório* (parecer). Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v.2, n.6, p. 174

²⁷⁹ TUCCI, Rogério L. *A Comissão.....*, op. cit., p. 178

²⁸⁰ CF OLIVEIRA FILHO, João de. *Comissões Parlamentares de Inquérito*, Revista Forense, 151/9, p.13, os poderes das Comissões Parlamentares de Inquérito estão restritos a supervisionar, inspecionar, averiguar, investigar, mas sem caráter judiciário, tendo poderes de investigação próprios das autoridades judiciais em sua anômala atividade investigatória.

²⁸¹ *HABBEAS CORPUS* nº 79.244-8/DF, despacho proferido pelo Min. Sepúlveda Pertence, criticando os abusos cometidos pela CPI do Judiciário instaurado no Senado Federal, violando o direito ao silêncio a mero indiciado, *apud* Suannes, Adauto, *Fundamentos éticos do devido processo penal, São Paulo: Saraiva*

²⁸² Idem, *ibidem*

arbitrária do poder estatal e de seus agentes oficiais”.²⁸³ Para que o interrogatório judicial seja válido e efetivo, é preciso que o réu seja cientificado previamente sobre o seu direito de permanecer em silêncio, não estando obrigado a responder às perguntas que lhe forem formuladas.

Antonio Magalhães Filho salienta que o privilégio contra a auto-incriminação é direito público subjetivo de estatura constitucional assegurado a qualquer indiciado ou imputado pelo art. 5º, inciso LXIII, da Constituição

Federal e, completando, afirma que embora a Constituição Federal se refira ao preso, esta garantia deve ser conferida “a qualquer pessoa pois diante da presunção de inocência que também constitui garantia fundamental do cidadão(...)a prova da culpabilidade incumbe exclusivamente à acusação.”²⁸⁴

O réu, mesmo negando falsamente a prática do delito, não pode sofrer, por causa do princípio contra auto-incriminação, restrições que afetem o seu *status poenalis*.²⁸⁵

Portanto “a prisão em flagrante pela prática do crime de falso testemunho, segundo a jurisprudência, é possível, desde que o depoimento não configure auto-incriminação”.²⁸⁶

Aliás, embora os EUA façam previsão do direito ao silêncio na famosa 5ª Emenda à Constituição americana, denominado “*privilege against self incrimination*”, percebe-se que a cláusula constitucional americana foi menos generosa em relação ao silêncio dos acusados do que o assegurado pela Constituição brasileira, porque, mesmo permitindo o silêncio do acusado, não lhe permite fazer declarações falsas ou inverídicas, sob pena de responsabilização criminal.²⁸⁷

²⁸³ Habeas Corpus, n. 77.704, 31/07/1998, desp. Liminar, DJ 19/08/1998, proferido pelo em. ministro Celso de Mello.

²⁸⁴ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à Prova no Processo Penal*, RT, item nº 7, p. 113, 1997

²⁸⁵ HABBEAS CORPUS n. 68.742/DF, relator para o Acórdão Min. Ilmar Galvão, DJU de 2-4-1993

²⁸⁶ KIMURA, Alexandre. *CPI*.....op. cit. p. 67

²⁸⁷ MORAES, Alexandre de. *Direito*.....op. cit. p. 13

2.9.1 O indiciado perante o direito ao silêncio na Comissão Parlamentar de Inquérito

A Lei 1.579/52, confere à Comissão Parlamentar de Inquérito poderes para ouvir “indiciados”, fazendo nítida distinção entre indiciado e testemunha.

Todavia não pode existir a figura do indiciado no âmbito das Comissões Parlamentares de Inquérito. Neste sentido, Rogério de Lauria Tucci afirma que, levando-se em consideração os mais importantes regramentos da hermenêutica, o indiciamento, no âmbito do inquérito parlamentar é inadmissível “vedada que é à normatividade infraconstitucional qualquer ampliação dos preceitos da Lei das leis, sempre de caráter restritivo quando, de algum modo, afetarem o direito de liberdade do indivíduo.”²⁸⁸

Além do mais, não é necessário, para instaurar a Comissão Parlamentar de Inquérito, a existência de indiciados, mesmo porque é encarregada de apurar fato determinado”.²⁸⁹ Entretanto o art. 2.º, da lei 1578/52, confere à CPI poderes para ouvir “indiciados”, fazendo nítida distinção entre indiciado e testemunha.

O fato é que, mesmo com a denominação de indiciado na Comissão Parlamentar de Inquérito, a pessoa investigada terá direito de manter-se calado.

Neste sentido, José Luiz Mônaco da Silva, assegura que:

Ao ser ouvido perante uma comissão parlamentar, o indiciado não cometerá nenhum ilícito se deixar de responder às perguntas formuladas pelo presidente ou por quaisquer dos seus membros. Ele não está, de um lado, obrigado a respondê-las, e a comissão, de outro, não obriga em seu bojo nenhum instrumento legal capaz de impedi-lo a agir de outra maneira. Se ao próprio preso a Constituição Federal assegura, no art. 5º. Inciso LXIII, o direito de permanecer calado, com maior razão assegurará ao indiciado, contra quem pesam apenas indícios, tal salvaguarda.²⁹⁰

²⁸⁸ TUCCI, Rogerio L. *As Comissões.....*op. cit, p. 180. Também pensam assim: OLIVEIRA FILHO, João de, pois seria incorreção da lei 1579, no art. 2º referir-se a indiciado, *Comissões Parlamentares de Inquérito*, RF, 151/9, p.13; e ainda, MENDES, Yolanda, *Do Processo Legislativo*, Centro de Informação e Documentação, Brasília, p. 297; Alaor Barbosa, *CPI e Constituição: um caso concreto*, RIL, 103

²⁸⁹ KIMURA, Alexandre I. *CPI: teoria e prática*, São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2001, p. 70

²⁹⁰ SILVA, José Luis Mônaco da. *Comissões Parlamentares de Inquérito*, São Paulo: Ícone, 1999, p. 65

Cumprе ressaltar ainda que a Comissão Parlamentar de Inquérito não está autorizada a conduzir coercitivamente o indiciado para depor, pois conforme Saulo Ramos “indiciados não podem ser compelidos a comparecer perante qualquer comissão de inquérito. E, se eventualmente comparecer, os indiciados não estarão obrigados a depor”²⁹¹; somente poderiam ser conduzidos coercitivamente os que figurarem como testemunhas recalcitrantes, por intermédio do Poder Judiciário.²⁹²

2.9.2 A testemunha e o direito de se calar na Comissão Parlamentar Inquérito

As testemunhas também têm o direito de não se auto-incriminar, e, por isso mesmo, deve-se aduzir que poderão fazer uso do direito ao silêncio. É como definiu a Suprema Corte Norte Americana no caso *Sinclair x United States*, em 1929:

Se o poder de investigar é bem um auxiliar necessário e adequado da função legislativa, deve contudo ser exercido com a devida consideração pelos direitos das testemunhas, pois uma testemunha pode recusar-se legalmente a depor quando os limites do poder são excedidos ou quando as perguntas não são pertinentes à matéria investigada”.²⁹³

Rogério de Lauria Tucci acrescenta que “só mesmo quando se estabeleça em lei imunidade à testemunha é que lhe pode ser retirado o direito à recusa em auto-incriminar-se, expressamente declarado na Constituição”.²⁹⁴

A inquirição, segundo Luiz Pinto Ferreira, é o questionamento feito à testemunha sobre determinado fato por ela assistido ou do qual tenha conhecimento a fim de esclarecer a justiça ou o órgão individual ou colegiado sobre o caso.²⁹⁵

²⁹¹ RAMOS, Saulo em Parecer nº SR 55, publicado no DO de 4.4. 1988, p. 5532, onde sustentava a inconstitucionalidade da Resolução nº 22 de 27 de janeiro de 1988, mediante o qual foi criada a CPI, pois deixava esta resolução de apontar, de forma especificada, o fato certo a ser apurado .

²⁹² SILVA, José Luis Mônaco. *Comissões....*, op. cit. pp. 66 e 69

²⁹³ ALECRIM, Otacílio. “*As comissões congressuais de investigação no regime presidencialista- Métodos e objetivos nos estados unidos e no Brasil*”, in RF 151, p. 35 *apud* Tucci p. 181

²⁹⁴ TUCCI, Rogério L. *Comissões.....*op. cit. p. 182

²⁹⁵ FERREIRA, Luis Pinto. *Comentários à Constituição brasileira*, São Paulo: Saraiva, 1992, p. 146, v. 3

O art. 148 § 2º, do Regimento Interno do Senado Federal consignou que as testemunhas serão inquiridas de acordo com as prescrições estabelecidas na legislação processual penal, no que for cabível, e o art. 206 do CPP dispõe que a testemunha não pode eximir-se de depor, exceto nos casos elencados no art. 207 do Código de Processo Penal.²⁹⁶

A Comissão Parlamentar de Inquérito inquire testemunhas sob compromisso. “A testemunha fará promessa de dizer a verdade do que souber ou lhe for perguntado, declarando seu nome, estado civil, residência, profissão, lugar onde exerce sua atividade, se tem relação de parentesco ou de amizade com eventual indiciado”.²⁹⁷

Mas José Alfredo Baracho, esclarece que “a averiguação da verdade sofre limitações, até porque o direito de investigação tem seus limites”.²⁹⁸

A questão é saber se a testemunha comete falso testemunho, quando falta à verdade após prestar juramento, e se fica sujeita à prisão em flagrante.

Segundo Aguinaldo Costa Pereira, as testemunhas devem ser punidas caso não compareçam ou se recusem a depor, pois a punição é ato essencial ao exercício do poder de investigar.²⁹⁹ Aliás o art. 4º, inc. II, da lei nº 1579/52 pune como crime fazer afirmação falsa, negar ou calar a verdade como testemunha, ficando sujeito às penas do art. 342 do Código Penal.³⁰⁰

Na realidade não há dispositivo que faça alusão quanto ao fato de ser lícito à testemunha calar a verdade sobre fato que possa acarretar-lhe abertura de processo crime, mas o art. 406, inc. I, do Código de Processo Civil, dispõe que a testemunha não está obrigada a depor sobre fatos que lhe causem grave dano. Desta maneira, por aplicação

²⁹⁶ O art. 207 do CPP dispõe: “São proibidas de depor as pessoas que, em razão de função, ministério, ofício, ou profissão, devam guardar segredo, salvo se, desobrigado pela parte interessada, quiserem dar o seu testemunho”.

²⁹⁷ KIMURA, Alexandre Issa. *CPI...*, op. cit., p. 65

²⁹⁸ BARACHO, José A. de O. *Teoria geral das comissões parlamentares de inquérito- Comissão parlamentar de inquérito*, Rio: Forense, 1998, p. 8

²⁹⁹ PEREIRA, Aguinaldo Costa. *Comissões Parlamentares de Inquérito*, Rio de Janeiro: ASA Artes Gráficas S.A, 1948, p. 41

³⁰⁰ SILVA, José Luiz Mônaco da. *Comissões.....*op. cit., p. 73.

analogica, a testemunha acaba tendo a faculdade de poder silenciar sobre a verdade, não incorrendo nas sanções do art. 4º, inc II, da Lei nº 1579/52.

Assim, o Supremo Tribunal Federal já julgou *Habbeas Corpus*, relaxando a prisão em flagrante que fora amparada no art., 307 do Código de Processo Penal,³⁰¹ ressaltando que não configurava crime de falso testemunho, quando a pessoa, depondo como testemunha, ainda que compromissada, deixasse de revelar fatos que pudessem incriminá-la.

Portanto, a testemunha é obrigada a depor, mas comparecendo perante a Comissão Parlamentar de Inquérito não é obrigada a voltar-se contra si mesma e auto-incriminar-se, podendo fazer uso do seu direito ao silêncio.³⁰²

Mesmo prestando compromisso de dizer a verdade, a pessoa ouvida não comete falso testemunho, se deixa de revelar fatos relacionados às investigações da Comissão Parlamentar de Inquérito, quando esta informação puder vir a incriminá-la,³⁰³ ou puder pôr em risco a sua liberdade de ir e vir.³⁰⁴

Ainda em relação a decisão do STF citada na página anterior, fundamentou seu voto, o relator Ministro Carlos Velloso, destacando que a pessoa que é convocada para depor tem o “tríplice dever: de comparecer, de responder às indagações e de dizer a verdade”, mas mesmo se comparecer para depor “não poderá ser constrangida a responder a todas as perguntas que lhe sejam dirigidas, se por alguma razão, estiverem sujeitas ao dever do sigilo profissional ou funcional” ou, se a resposta que lhe for exigida puder de alguma forma “acarretar-lhe graves danos”, e completa dizendo que a “*self-incrimination* constitui causa legítima que exonera o depoente do dever de depor sobre fatos que lhe sejam perguntados

³⁰¹ HABBEAS CORPUS nº 73.035, rel. Min. Carlos Velloso, DJ 19-12-1996, p. 51.766

³⁰² Mandado de segurança n. 23.491-1-DF, j. em 1º-7-1999, DJU de 2-8-1999, Seção 1, p. 67

³⁰³ KIMURA, Alexandre I. CPI....., op. cit , p. 65

³⁰⁴ SILVA, José Luiz Mônico da. Comissões, op. cit., p. 73

e de cujo esclarecimento possa resultar, como necessário efeito causal, a sua própria responsabilização penal”.³⁰⁵

Mas, adverte José Luiz Mônaco da Silva, que esta conduta de calar a verdade será admissível somente quando a testemunha, ao depor, puder pôr em risco a sua liberdade de ir e vir. Se a testemunha “invocar falsamente este direito, apenas para impedir a livre investigação dos fatos, ficará sujeita às penas do art. 4º, inc. II, da Lei 1579/52”.³⁰⁶

Neste sentido, o Supremo tribunal Federal já decidiu que: “o Judiciário deve ser prudente nessa matéria para, evitar que pessoa venha a obter *Habeas Corpus* para calar a verdade, o que é modalidade de falso testemunho”.³⁰⁷

2.9.3 O sigilo profissional do advogado e o direito de calar nas Comissões Parlamentares de Inquérito

Também é oportuno a menção de hipótese de depoimento acobertado por sigilo profissional, como é o caso do advogado, pois está incluído no rol das pessoas referidas no art. 207 do Código de Processo Penal. Deste modo, o art. 7º, inc. XIX, da Lei nº 8.906, de 4 de junho de 1994, institui que pode o advogado recusar-se a prestar declarações como testemunha “em processo no qual funcionou ou funciona, ou sobre fato relacionado com pessoa de quem seja ou foi advogado, mesmo quando autorizado pelo constituinte, bem como sobre fato que constitua sigilo profissional”, podendo ser punido se revelar segredo profissional com pena de detenção ou multa, conforme o art 154 do Código Penal.³⁰⁸

Contudo, mesmo podendo o advogado guardar sigilo a respeito de certos fatos, deve ele comparecer perante a Comissão Parlamentar de Inquérito, quando regularmente convocado;

³⁰⁵ HABBEAS CORPUS n. 73.035-3-DF, j. em 13-11-1996, Tribunal Pleno do STF, Relator: Ministro Carlos Velloso, RT 739/523

³⁰⁶ SILVA. José Luiz Mônaco da. *Comissões*op. cit., p. 73

³⁰⁷ HABBEAS CORPUS, nº 73.035-3-DF, j. em 13-11-1996, Tribunal Pleno do STF, relator: Min. Carlos Velloso, RT 739/523

³⁰⁸ SILVA. José Luiz Mônaco da. *Comissões*.....op. cit., p. 74

afinal, como observa Saulo Ramos, “O dever de respeitar o sigilo profissional se impõe à testemunha, em qualquer instância a que compareça, como um inafastável princípio de ordem pública”.³⁰⁹

No mesmo sentido, já indeferiu-se ordem de *Habeas Corpus*, entendendo que “do sigilo profissional do advogado lhe advinha o direito de recusar-se a responder a perguntas sobre o fato por ele coberto, mas não de, intimado, recusar-se a comparecimento à comissão e prestar-lhe depoimento sobre tudo o mais”.³¹⁰

³⁰⁹ RAMOS, Saulo. Parecer nº SR 55, publicado no DO de 4-4-1988, p. 5532. Sustenta a inconstitucionalidade da Resolução nº 22 de 27-01-1988, que criava a CPI, porque tal Resolução, não especificava o fato certo a ser apurado.

³¹⁰ *HABBEAS CORPUS* nº 71.231, 05-05-1994, rel. Min. Carlos Velloso, DJ 31.10..1996

III. O DIREITO AO SILÊNCIO NA FASE PROCESSUAL

3.1 Do exercício do direito ao silêncio na fase judicial

“O direito ao silêncio no interrogatório, previsto no art. 5º, inciso LXIII, da Constituição exclusivamente para o preso, deve ser estendido ao interrogatório judicial, por força, também, da ampla defesa”, como conclui Grandinetti.³¹¹

Como exposto em capítulo anterior, o direito ao silêncio se manifesta oportunamente no instante do interrogatório, tanto extrajudicial (fase investigativa), como no judicial, pois em ambos os casos o direito de calar tem igual relevância.

Destaca Guilherme de Souza Nucci, que o interrogatório judicial feito pelo juiz, constitui momento por excelência para a confissão do réu, mas serve essencialmente como meio de defesa, porque é a primeira oportunidade que tem o acusado de ser ouvido, garantindo a sua autodefesa quando narrará sua versão do fato, podendo negar a autoria e indicar provas a seu favor. “Poderá, ainda, calar-se, sem que se possa extrair daí qualquer prejuízo à sua defesa ou então é possível que assuma a prática do delito, alegando em sua defesa alguma excludente de ilicitude ou de culpabilidade.”³¹²

Neste sentido, é inegável que toda a participação pessoal do acusado, inclusive o interrogatório, assume característica de defesa (autodefesa).³¹³

No Brasil, caso recente de opção pelo silêncio, foi o do jornalista Pimenta Neves, que confessou ter assassinado a ex-namorada, Sandra Gomide. Durante interrogatório no Fórum de Ibiúna, interior de São Paulo, ele se recusou a responder às perguntas da juíza Eduarda Maria Romeiro Corrêa, alegando que estava

³¹¹ CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti C. de. *O processo penal em*, op. cit., p. 89

³¹² NUCCI, Guilherme de Souza. *Interrogatório, Confissão e Direito ao Silêncio*, p. 1, disponível no <http://www.cpc.adv.br/Penal.htm>, acessado em 22/09/02

³¹³ BARROS, Antonio Milton de. *A defesa do acusado.....*op. cit., p. 132

“confuso e desmoralizado e sem condições para falar”. No entanto, ele comentou que a opção pelo silêncio foi uma deliberação tomada junto com seu médico e seus advogados. A juíza, por sua vez, teria afirmado: “ele perdeu a oportunidade de apresentar sua defesa”.³¹⁴

3.1.1 A apreciação judicial do silêncio: silêncio parcial e total e sua consignação

Os romanos afirmavam, por sua vez, que “quem cala nem sempre consente, mas é verdade que não nega”.³¹⁵

Como esboçado anteriormente, o juiz, em nosso sistema, tem liberdade de investigação, para buscar a verdade real, mas dentro dos limites da lei. Também salientou-se que o direito ao silêncio não pode ser valorado em seu desfavor do acusado, sendo esta a explicação para que grande parte da doutrina defendesse (mesmo antes do advento da Lei 10.792) a modificação da redação do art. 186 do Código de Processo Penal.

Com a Lei 10.792 de 1º de dezembro, não só o art. 186 do Código de Processo Penal foi alterado, mas também o art. 191 do mesmo diploma processual, que dispunha: “consignar-se-ão todas as perguntas que o réu deixar de responder e as razões que invocar para não fazê-lo”.

Antes da Lei 10.792, Maria Thereza Moura já alertava para que o texto do art. 191 do Código de Processo Penal, fosse observado com restrições,

pois não pode haver qualquer pressão que induza o réu a prestar depoimento.³¹⁶

³¹⁴ Cf. <http://ultimosegundo.ig.com.br/home/editorial/stories/print/>, acessado em 15/11/01, p.1. Outro caso famoso em que houve uso do direito ao silêncio, foi o caso do psiquiatra acusado de pedofilia, que, sem dúvida usou do silêncio como tática de defesa, já que as fitas gravadas em seu consultório, por si só, traziam uma forte prova de sua culpabilidade.

³¹⁵ Cf. Digesto citado 50, 17, 142, citado por Correia, Alexandre e Suascia, Gaetano, *Manual de Direito Romano*, 5ª ed., RJ, série C

³¹⁶ MOURA, Maria Thereza R. de A. et all. *Direito aoop.*, cit., p. 262

De acordo com Barbiero, quando o art. 191 do Código de Processo Penal impunha que se transcrevesse no termo as perguntas feitas e a ausência de resposta, devia querer, com isso, que ficasse comprovado que o juiz formulou as perguntas e assegurou a autodefesa do acusado.

Não significava, contudo, que a consignação das respostas não concedidas ao juiz, iria conflitar com o seu direito de defesa, trazendo-lhe prejuízo.³¹⁷

Angélica Almeida, dizia que: “fica vedado que as perguntas não respondidas pelo acusado sejam consignadas no termo de audiência ou, ainda, que fiquem registradas as razões pelas quais o acusado deixou de respondê-las, a não ser que haja pedido expresso da defesa.”³¹⁸

A legislação portuguesa concede no art. 345, nº 1, parte final, o direito ao silêncio total ou parcial, destacando que o argüido pode espontaneamente ou por recomendação do defensor recusar a resposta a algumas ou a todas as perguntas, sem que isso o possa desfavorecer.³¹⁹

Na Alemanha, há divergência se o silêncio do acusado pode ou não ser apreciado pelo juiz na determinação da sentença. Neste país, nas situações em que o acusado se recusa a qualquer tipo de declaração ou se limita a contestar a autoria, há certo consenso de que o exercício deste privilégio não pode ser utilizado em seu desfavor, pois seria uma restrição à liberdade de declaração, e ninguém pode ser punido pelo exercício de um direito garantido na Constituição.³²⁰ O mesmo ocorre quando o acusado recusa-se a falar somente em determinadas fases do procedimento.

³¹⁷ BARBIERO, Louri Geraldo. *Direito constitucional do réu ao silêncio e suas conseqüências*, in *Cadernos Jurídicos*, Escola de magistratura, vol. 2, nº 5, maio/junho 2001, pp. 91-92

³¹⁸ ALMEIDA, Angélica de Maria Mello de. *O interrogatório do acusado.....*, op. cit. p. 80

³¹⁹ ROSSETTO, Enio Luiz. *A eficácia e a relevância....*op., cit., p. 268

³²⁰ NETO, Theodomiro Dias. *O direito ao silêncio: Tratamento nos ...*op. cit., p. 193

Já nos casos de silêncio parcial do acusado, quando ele se manifesta em certos pontos e se cala em relação a outros, existe entendimento majoritário na doutrina alemã, admitindo a apreciação judicial do silêncio, pois, quando o acusado opta por declarar, está por vontade própria se transformando-se em meio de prova, portanto submete seu comportamento à apreciação do juiz.³²¹

Para Rogall, citado por Theodomiro Dias Neto “a garantia do inquirido em dispor de seu interrogatório da forma mais adequada para a sua defesa, fica ameaçada no momento em que um silêncio parcial é avaliado em seu prejuízo”, afinal cabe também ao acusado decidir sobre o momento de sua declaração.³²²

A Itália, apesar de agasalhar o direito de ao silêncio, no art. 198, inciso 2, exige que haja a consignação nos autos, de acordo com o art. 209, inciso II, do Código de Processo Penal, da recusa do acusado a responder as perguntas, podendo-se deduzir que o silêncio do acusado poderá ser valorado pelo juiz como argumento de prova,³²³ o que segundo Tonini equivaleria dizer que a credibilidade do acusado pode ser questionada.

No mesmo sentido, Sílvia Buzzelli diz que cada pergunta não respondida pelo acusado será consignada e poderá servir de elemento de prova, provocando prejuízos à defesa do acusado.³²⁴

Mas, para Guilherme de Souza Nucci, se o réu invocar o direito ao silêncio parcial, deixando de responder a alguma pergunta, poderá ser indagado sobre as razões para tanto, podendo ser pressionado para que as exponha; mas se o acusado optar pelo silêncio total, não poderá o magistrado ficar questionando e consignando uma pergunta após a outra,

³²¹ NETO, Theodomiro Dias. Op., cit., p. 193

³²² ROGALL, Klaus. *Der Beschuldigte als Beweismittel gegen sich selbst*. Berlin: Duncker & Humblot., 1977, p. 25,1 apud DIAS NETO, Theodomiro, O direito..., op. cit., p. 194

³²³ TONINI, Paolo. *A prova no processo penal italiano*, trad. Alexandra Martins, Daniela Mróz, São Paulo: Ed. Revista dos tribunais, 2002, p.144

³²⁴ BUZZELLI, Sílvia. *Il Contributo Dell’Imputato Alla Ricostruzione Del Fatto, apud Giulio Ubertis (org.), La Conoscenza Del Fatto Nel Processo Penale*, Milão, Giuffrè, 1992, p. 104, neste sentido também QUEIJO, Maria Thereza, op., cit., p.161, anuindo que para que se exerça plenamente o direito ao silêncio, não pode haver consignação das perguntas não respondidas pelo acusado.

como se a atitude de ficar em silêncio fosse uma irregularidade. Essa atitude do juiz acabaria por inibir o acusado que já disse que não tinha intenção de responder.³²⁵

A propósito, a Lei 10.792 do Código de Processo Penal brasileiro, trouxe nova redação ao art. 191(suprimindo a consignação das perguntas que o réu deixar de responder e as razões para tanto) e ao art. 186.³²⁶

Desta maneira, não deve haver consignação das perguntas não respondidas pelo acusado, nem tampouco pode o acusado ser compelido a fornecer as razões que o levaram a optar pelo silêncio, afinal o exercício do silêncio não precisa ser justificado por seu titular. Ao fazê-lo, respondendo às perguntas indiretamente, abrirá mão do seu direito de calar.³²⁷

Cumprindo indagar qual os efeitos das alterações trazidas pela 10.792 (nos arts. 186 e 191 do Código de Processo Penal) no art. 198 do Código de Processo penal (“o silêncio do acusado não importará confissão, mas poderá constituir elemento para a formação do convencimento do juiz”) ,não alterado pela Lei 10.792.

Para João Cláudio Couceiro, o direito ao silêncio é norma constitucional de eficácia contida, “podendo o legislador ordinário autorizar o juiz a interpretar livremente o uso de tal direito pelo acusado (como fez no art. 198 do CPP)”³²⁸.

Ada P. Grinover, diferentemente diz que:

Livre convencimento não se confunde com arbítrio e significa uma persuasão, que opera sobre dois postulados básicos: a) o juiz forma seu livre convencimento única e exclusivamente com base na prova carreada aos autos, obedecendo ao método probatório. E o silêncio não é fonte de prova, pois do contrário seria um indício, como vimos inaceitável; b) o livre convencimento deve ser sempre fundamentado. E o juiz não pode fundar sua convicção sobre elementos retirados da conduta processual do réu. Daí para o arbítrio, o passo é breve.³²⁹

³²⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. *O valor da confissão.....*, op., cit., p. 172. Este autor afirma que devem ser consignadas as perguntas que o acusado não responder mas o mesmo não deve acontecer quando o réu optar pelo silêncio total.

³²⁶ AMBOS, Kai e CHOUKR, Fauzi Hassan, *A reforma do processo penal....*, op., cit., pp. 66-68

³²⁷ QUEIJO, Maria Thereza. Op., cit., p. 161.

³²⁸ COUCEIRO, João Cláudio. Op. cit., p.177-179. Não significa que se possa permitir que haja uma condenação fundada exclusivamente no silêncio do acusado(...)

³²⁹ GRINOVER, ADA P. *Interrogatório...op. cit.*, p. 30

Sem dúvida, o art. 198, abre as portas para que o silêncio seja valorado em prejuízo daquele que se cala voluntariamente, já que a apreciação das provas é livre em um sistema de íntima convicção, e mesmo que o silêncio seja insuficiente para formar, por si só, a convicção do juiz, é um risco.

3.1.2 O silêncio e o conteúdo do interrogatório judicial

Como já exposto anteriormente, o acusado, depois de ser cientificado da acusação e informado claramente a respeito dos seus direitos constitucionais, dentre os quais está o direito de permanecer calado, deve ele ser qualificado, oferecendo as informações necessárias (art. 187 parágrafo primeiro).

Assim, o interrogatório judicial deve conter duas partes: uma primeira parte, referente à qualificação do acusado; e uma segunda parte, que diz respeito ao interrogatório de mérito (declarações sobre o fato delituoso), quando este concorda em concedê-las.

Entretanto, no direito alemão, parte da doutrina posiciona-se criticamente frente a esta limitação do direito ao silêncio, já que uma proteção

integral do privilégio deveria incluir o reconhecimento de uma liberdade ilimitada de declaração, pois existem situações em que a informação sobre a identidade pode equivar a uma auto-incriminação. Um exemplo desta situação seria quando o autor do crime é conhecido e o fornecimento de sua identidade equiva a uma confissão de autoria, incompatível portanto com o direito ao silêncio.³³⁰

³³⁰ DIAS, Theodomiro Dias. *O direito ao silêncio.....*, op., cit., p. 193, citando Albin Eser e Heinz Müller-Diez, que também criticam a limitação do direito ao silêncio.

Deve-se ressaltar que a advertência quanto aos direitos do acusado, deveria ser incluída no termo do interrogatório, para evitar possíveis nulidades.

Somente então, na última parte do interrogatório é que o acusado poderá fazer uso do seu direito de calar e, qualquer ato que impeça ou limite o exercício do direito de calar, gera nulidade absoluta do interrogatório, pois decorre de desobediência à norma constitucional.³³¹

A extensão do vício dependerá da análise da conseqüências causadas à defesa do imputado, pois a nulidade poderá contaminar outros atos processuais.

O problema é que perante a legislação brasileira, e mesmo não sendo a melhor posição, o interrogatório judicial não deixa de ser meio de prova, ficando clara ante as várias inquisições que o juiz fará ao réu que se disponha a falar: se a acusação é verdadeira; onde estava ao tempo da infração; se conhece as provas contra ele apuradas, se conhece a vítima etc.

3.2 O silêncio do acusado perante o Tribunal do Júri

No Tribunal do Júri, o interrogatório feito perante o Conselho de Sentença, torna-se elemento ímpar na análise das provas e na formação do convencimento dos juizes leigos.

Desta forma, o silêncio exercido no interrogatório, frente ao Tribunal do Júri adquire contornos especiais, já que o Conselho de Sentença do Tribunal do Júri é composto, via de regra, por leigos, que desconhecem o conteúdo do direito ao silêncio. Outro fator agravante, são as decisões proferidas pelo Conselho de Sentença do tribunal do Júri, pois

³³¹GREVI, Vitorio. *Nemo tenetur.....*, op. cit., itens de 2-5, do cap. II e, itens 3 e 4 do cap. VII.

sendo imotivadas, impossibilitam o controle adequado sobre uma possível valoração do silêncio do acusado.³³²

Surge então um problema perante o Tribunal popular: como explicar aos jurados o direito constitucional de permanecer calado? Afinal, leigos que são, poderão fazer uso do dito popular “quem cala consente”.³³³

No interrogatório, perante o Júri, sabendo que o Conselho de Sentença poderá valorar o seu silêncio, é bem provável que o réu prefira não fazer uso de seu silêncio, pois teme que ele signifique uma confissão tácita.

Aliás, Peter Thornon observa que, na Inglaterra, uma pesquisa mostrou que somente 2,5 a 4% dos suspeitos utilizam-se do direito ao silêncio e desses, apenas 2 a 3% foram absolvidos; aqueles que usaram tal direito, assim agiram para fugir de perguntas impertinentes e impróprias que são feitas no interrogatório perante o Júri.³³⁴

Explica ainda Michael Zander, citado por David Morgan, ao debater na Inglaterra sobre possível supressão do direito ao silêncio, que seria o mesmo que dar à acusação e ao juiz o direito de incitar os jurados a extraírem inferências adversas ao réu quando este tiver permanecido calado ao ser interrogado.³³⁵

Nos EUA, em *Griffin v. Califórnia*, a Suprema Corte proibiu o Ministério Público de fazer qualquer comentário ou alusão ao silêncio do réu, e em *Carter v. Kentucky*, ao réu foi concedido o direito de requerer ao juiz que instrísse o Júri sobre a irrelevância de seu silêncio para decisão do Caso.³³⁶

Com base neste exemplo, quando o réu invocar, no plenário do Tribunal do Júri, o direito ao silêncio, deve o juiz presidente alertar os jurados para que não levem isso

³³² QUEIJO, Maria Thereza. *O princípio.....op.*, cit., p. 164

³³³ NUCCI, Guilherme de Souza. *O valor da confissão..op.*, cit., p. 178

³³⁴ THORNTON, Peter et al. *Justice on Trial*, Londres: Edward Bear Associates & Crowes of Norwick, 1993.p.36

³³⁵ MORGAN, David et al. *Suspicion & Silence*, p. 141, *Mutatis Mutanti*.

³³⁶ CF NETO, Theodomiro Dias. *O direito ao silêncio:.....*, op. cit., p. 194

em consideração, pois afinal, trata-se de um direito constitucional do qual não deve sobressair qualquer consequência negativa.³³⁷

Como bem salientou o anteprojeto do Código de Processo Penal, a permissão da realização do julgamento sem a presença do acusado, é “um corolário lógico do direito ao silêncio constitucionalmente assegurado.”

3.2.1 Os antecedentes criminais e o direito ao silêncio

“Em certos sistemas se utiliza limitadamente um meio de prova que se refere a personalidade do acusado: o fato de haver cometido infrações no passado, ou o fato de ter maus hábitos, ou ter (segundo os peritos psiquiátricos) uma personalidade que pré-disponha o acusado a cometer uma infração que seja reprovável”.³³⁸

Hoje, no direito português, conforme alguns autores, a obrigatoriedade de revelar seus antecedentes criminais seria uma limitação ao direito ao silêncio, pois poderia criar uma presunção de culpabilidade na mente do julgador, ante a preexistência de um vasto registro criminal.³³⁹

Da mesma forma, Maria Fernanda Palma refere que a obrigação, que sobre o argüido impedia-o de revelar, com verdade, os seus antecedentes criminais, sob pena de procedimento criminal, bulia com as garantias de defesa.³⁴⁰

³³⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. *O valor*, op., cit., p. 178. Embora esta advertência seja de pouca utilidade, pois a interpretação do silêncio em desfavor do réu está enraizada na idéia do povo; o silêncio ainda é tido como assunção de culpabilidade.

³³⁸ DELMAS-MARTY, Mireille (org.) *Procesos Penales de Europa*. Trad. Pablo Morenilla Allard, Editorial Edijus, 2000, p. 631. Em certos sistemas utiliza-se limitadamente um meio de prova que se refere a personalidade do acusado: o fato de haver cometido infrações no passado, ou o fato de ter maus hábitos, ou mesmo ser detentor de uma personalidade que predispõe o acusado a cometer a infração, são reprováveis (tra

³³⁹ Neste sentido PALMA, Maria Fernanda. *A Constitucionalidade do Artigo 342 do Código de Processo Penal* - o direito ao silêncio do argüido, in Revista do MP, ano XV, nº 60, pp. 101-110 e BELEZA, Tereza. *Apontamentos de direito processual penal*, A. A. E. D. I., 1992, pp. 198-199

³⁴⁰ PALMA, Maria Fernanda. “*A Constitucionalidade do Artigo 342 do Código de Processo penal - o direito ao silêncio do argüido*” in Revista do M. P., ano XV, nº 60, pp 101-110. Considerações feitas sobre a revogação do art. 342, nº 2, que obrigava o argüido a responder com verdade sobre sua identidade e seus antecedentes criminais, sob pena de cometer um crime de desobediência e/ou falsas declarações. Após a revogação, tornou-

E Teresa Beleza, salienta que:“(...)a possibilidade de ler o certificado de registro criminal no próprio Tribunal, no próprio julgamento, parece que é uma limitação séria à presunção de inocência do argüido, e portanto a este privilégio contra a auto-incriminação em que se traduz o direito ao silêncio(...)”³⁴¹

Contudo, José M. L. Quaresma anota que ao invés de revogar a obrigatoriedade imposta ao argüido de declarar seus antecedentes criminais, deveria antes ter-se transferido essa resposta obrigatória para a fase posterior à declaração de culpa, porque sem o reconhecimento do registro criminal, não se pode determinar a reação penal adequada.

Neste sentido, no direito inglês, a informação sobre os antecedentes criminais e a personalidade do acusado são excluídos ao resolver sobre a culpabilidade, mas são usados para a fixação da pena.³⁴²

No Brasil, o art. 187, § 1º do Código de Processo Penal, impõe que, na primeira parte do interrogatório, será o acusado perguntado sobre a sua vida pregressa, notadamente se foi preso ou condenado.

Contudo, melhor seria que a informação sobre a vida pregressa do acusado fosse exigida na fase de fixação da pena, pois somente assim tal informação não limitaria a presunção de inocência nem o direito ao silêncio do acusado.

3.3 Os titulares do direito de calar no processo penal

Salientou-se que o titular do direito ao silêncio não é somente o indiciado ou acusado em processo penal, mas também todos aqueles que possam se auto-incriminar por

se inexigível ao argüido, responder com verdade sobre seus antecedentes criminais, sendo apenas obrigado a fazê-lo quanto à sua identidade

³⁴¹ BELEZA, Teresa. *Apontamentos de direito processual penal*, A.A. E. D. I., 1992, pp. 198-199

³⁴² DELMAS-MARTY, Mirelle (org.). *Procesos Penales de Europa*, op. cit., p. 631-632

meio de declarações prestadas perante autoridade. Por conseguinte, o silêncio atinge também o suspeito ou averiguado, contra o qual ainda não existem indícios convergentes de autoria de infração penal. .³⁴³

Ressalta, Ada Pellegrine Grinover, que as garantias processuais alcançam também a pessoa jurídica submetida a processo penal; sendo assim, tem ela também o direito ao silêncio. Para que se assegure a autodefesa em sua plenitude, devem ser aplicadas as normas da CLT que versam sobre o assunto, cabendo à pessoa jurídica indicar a pessoa física que será interrogada, podendo ser o representante legal ou qualquer pessoa que conheça os fatos. ³⁴⁴

Abordou-se no capítulo dedicado à Comissão Parlamentar de Inquérito, que a testemunha, assim como o réu, também têm direito ao silêncio, mas é necessária uma certa diferenciação.

Assim, Lewin Mayers ressalva que o privilégio contra a auto-incriminação, no direito americano, compreende várias regras distintas que estão incluídas em dois possíveis grupos: um relativo aos direitos do réu; outro relativo aos direitos da testemunha.³⁴⁵

³⁴³NETO, Theodomiro Dias. *O direito ao ...*, op., cit., p. 189. Alíás para João C. Couceiro (COUCEIRO, João Cláudio. *A Garantia Constitucional do Direito ao Silêncio*, São Paulo: RT, 2004, pp. 190-219), a vítima também pode silenciar. sobre fato próprio, que implique em responsabilidade penal, civil ou administrativa, ou sobre fato praticado por terceiro, já que a vítima deve ter igualdade de tratamento em relação ao acusado. Afirma ainda o mesmo autor, que embora não esteja expresso na legislação processual penal ordinária, o artigo 8º, parágrafo 2º, g, da CADH e no art 313 doCPPM que reconhecem “que o ofendido também têm o direito de não responder às perguntas que possam incrimina-lo”. Para mesmo autor, o co-réu também pode silenciar, mas se falsamente atribui crime à terceiro pode ser responsabilizado por discriminação caluniosa (art. 339 do CP), e se isentar autor principal de crime, confessando o que não praticou, pode responder por auto-acusação falsa(art. 341 do CP).

³⁴⁴ GRINOVER. Ada Pellegrini. *Aspectos processuais da responsabilidade penal da pessoa jurídica*, in Temas Atuais de Direito Criminal, São Paulo: Ed. RT, 1999, v.2, pp. 46-50. Salienta a autora que, embora não existam regras específicas na Lei 9605, de 12.02.1998(prevê a responsabilidade da pessoa jurídica para crime contra o meio ambiente), não traz prejuízo ao art. 3º que cuida da responsabilidade penal da pessoa jurídica, pois ele pode se basear nas regras sobre competência, processo e procedimento, atos de comunicação processual e das próprias garantias processuais. Também a este respeito pronunciou-se AZEVEDO, Tupinambá Pinto em painel intitulado *Da ação penal e do processo penal na Lei 9.605*, no Simpósio Nacional sobre Crimes e Infrações Ambientais, realizado em Porto Alegre, de 14 à 16 de abril, dizendo ser necessária uma regulamentação adequada da responsabilidade penal da pessoa jurídica. O fato é que, a pessoa física como representante legal da pessoa jurídica, não pode ser compelida a fazer prova contra este.

³⁴⁵ MAYERS, Lewin. *Shall We Amend the Fifth Amendment*: Greenwood Press publish, 1959, p.1

A 5ª Emenda assegura à testemunha o direito contra a auto-incriminação sempre que ela entender que a resposta a determinada pergunta ofereça-lhe risco de um processo criminal.³⁴⁶

Segundo Mayers, que não concorda com a amplitude na qual a Suprema Corte norte-americana vem interpretando o *privilege against self-incrimination* a fim de alcançar também a testemunha: “Se qualquer um de nós, em tese, pode ser acusado da prática de um crime, não se compreende, realmente, que alguém que não o esteja sendo, invoque este receio, deixando de contribuir com seu depoimento para a instauração de um processo ou aprimoramento de uma investigação policial.”³⁴⁷

Para Edward Corwin, a testemunha que desejar fazer uso do direito ao silêncio deverá reclamar explicitamente sua imunidade constitucional, “pois de outro modo presume-se que dela desistiu”, destacando o mesmo autor que “uma testemunha em qualquer processo em que se exija testemunho legal pode recusar-se a responder a qualquer pergunta cuja resposta possa ser usada contra ela num futuro processo criminal, ou que possa descobrir prova contra ela.”³⁴⁸

Já, ao acusado, no sistema norte-americano, é permitido submeter-se a juramento para testemunhar no próprio processo, com a finalidade de que suas declarações obtenham valor probatório relevante.³⁴⁹

“Aqui, praticamente nenhuma diferença haverá entre depoimento de acusado e depoimento de testemunha, estando ambos sujeitos às mesmas sanções em caso de perjúrio. A diferença é que o réu não pode ser compelido a depor”³⁵⁰. O direito ao silêncio

³⁴⁶ Idem, *ibidem*

³⁴⁷ MAYERS, Lewin. Op., cit., p. 267

³⁴⁸ CORWIN, Edward Samuel. *American constitutional history essay. (A Constituição norte americana e seu significado atual)*, Nova Iorque: Harper Torchbooks, 1964, p. 260

³⁴⁹ QUEIJO, Maria Thereza. Op., cit., p. 171. O juramento, segundo a autora, é mecanismo para garantir a verdade das declarações prestadas. O juramento afetaria a moral do acusado forçando-o a responder às perguntas, com risco de auto-incriminação, conforme PEREIRA E SOUSA, Joaquim José Caetano, *Primeiras linhas sobre o processo penal*, p. 162

³⁵⁰ SUANNES, Adauto. *O direito ao silêncio*, in Os Fundamentos.....op., cit., p. 268

convive com o direito do acusado de submeter-se ao *cross examination*, com o dever de dizer a verdade.³⁵¹

Na realidade, como já foi salientado, o juramento primitivamente somente era prestado nas cortes eclesiásticas da Inglaterra, passando posteriormente a ser usado na *Star Chamber*,³⁵² com a finalidade de pressionar o acusado. Assim, por causa dos abusos instituídos, a regra do juramento, até então super valorizada, acabou sendo revogada, extingüindo-se a *Star Chamber*.

Em conclusão, o suspeito, o indiciado e o acusado, inclusive a pessoa jurídica, podem exercer o direito ao silêncio com relação a todas as perguntas que lhe forem feitas, mas a testemunha só poderá calar-se em relação às perguntas cujas respostas conduzam à sua auto-incriminação. No mais tem o dever de dizer a verdade sob pena de falso testemunho.³⁵³

³⁵¹ Segundo DOSI, Ettore. LA C.D. *Testemonianza delle parte'e l'obbligo di verità*. Rivista italiana di diritto e procedura penale. Milão: Giuffrè, 1963, pp. 441-442, 429-442. Segundo o autor, o juramento mostra-se ineficaz porque o falso testemunho não é punido na maioria das vezes em que ele é detectado.

³⁵² *Court of Star Chamber* podia avocar o julgamento de qualquer caso criminal ocorrido em qualquer lugar do país, e não havia em nenhum deles o menor respeito à pessoa do acusado; seu interrogatório era como diziam: “*the central feature of the criminal proceeding*”. Caso famoso é o de John Lilburne: acusado de imprimir e importar livros heréticos e sediciosos(trocar estas p. por similares), foi preso em 1637 e recusou-se a prestar juramento, (como era exigido a todos os acusados), indagando para que eles queriam o seu juramento. Responderam-lhe que o juramento era para que ele respondesse com verdade a todas as coisas que lhe fossem perguntadas sobre ele, e John Lilburne continuou dizendo que se tivesse que jurar somente o faria se soubesse sobre o quê estava jurando.

³⁵³ TONINI, Paolo. *La prova penale*, 3ª ed., Pádua: CEDAM, 1999, p.110. No mesmo sentido, João C. Couceiro (COUCEIRO, Op. cit., pp. 220-226), afirmando que as testemunhas podem invocar o direito ao silêncio, quer para não se auto-incriminar, quer para escapar da responsabilidade civil e administrativa. Contudo o silêncio da testemunha é parcial condicionado à elaboração da pergunta (não pode a testemunha se negar a manter um diálogo com o juiz) sobre o fato próprio. Para o mesmo autor , é obvio que a testemunha não pode negar-se a responder às perguntas relativas a fatos típicos anteriores ao momento da oitiva. A testemunha não precisa prestar compromisso de dizer a verdade. Pode a testemunha se calar sobre fato de terceiro (este silêncio pode ter caráter constitucional(art. 5.º, VI e XIV, da CF e também art.53, parágrafo 6.º da CF) e ou estar baseado no artigos 206 e 207 do CPP (COUCEIRO, Op. cit. pp. 231-236)

3.4 Direito ao silêncio e o processo cível

Conforme Grevi, às razões que levaram a afirmação do princípio do *Nemo tenetur se detegere*, no processo penal, estão ligadas à tutela de valores diversos daqueles que existem no processo civil.³⁵⁴

Observa Ettore Dosi, que no processo civil, nos últimos dois séculos, a tendência foi impor à parte a obrigação de dizer a verdade, enquanto que no campo processual penal, contrariamente, a procura da verdade ficou restrita em razão do emprego inescrupuloso e excessivo da força para obtê-la.³⁵⁵

As diferenças realmente se impõem, tanto é que, no processo civil (art. 343, parágrafo 2º), a parte intimada a depor, que se nega a comparecer, ou, comparecendo se nega a depor, será tida como confessa³⁵⁶, o que não acontece no processo penal já que não existe a presunção de verdade em caso de revelia e falta de depoimento pessoal.

No processo civil o ônus da prova cabe ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito, e ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor (art. 333, inc. I e II), mas a lei põe à disposição do juiz amplos poderes investigatórios (art. 130 do Código de Processo Civil)³⁵⁷, e como diz Teodoro Júnior; “o julgador procura descobrir a verdade real, por todos os meios a seu alcance, independente da iniciativa e da colaboração das partes.”³⁵⁸

³⁵⁴ GREVI, Vittorio apud COUCEIRO, João Cláudio. *A garantia constitucional do direito ao silêncio*, São Paulo: RT, 2004, p. 263

³⁵⁵ DOSSI, Ettore apud COUCEIRO, João Cláudio, op., cit., p.263.

³⁵⁶ Art. 343 do CPC: “Quando o juiz não o determinar de ofício, compete a cada parte requerer o depoimento pessoal da outra, a fim de interrogá-la na audiência de instrução e julgamento. Parágrafo 1º- A parte será intimada pessoalmente, contando do mandado que se presumirão confessados os fatos contra ela alegados, caso não compareça ou, comparecendo se recuse a depor. Parágrafo 2º - Se a parte intimada não comparecer, ou comparecendo, se recusar a depor, o juiz, lhe aplicará a pena de confissão.”

³⁵⁷ Art.130 do CPC: “Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.” Fica clara a preponderância do princípio inquisitivo, em que o juiz tem amplos poderes para a busca da verdade.

³⁵⁸ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Princípios gerais do processo civil*, Ver. de Processo, v.23, 1981, p. 180

Desta forma, no processo civil brasileiro, o direito ao silêncio foi reconhecido às partes e as testemunhas, mas apenas no âmbito da legislação ordinárias (art. 347 e 406 do Código de Processo Civil)³⁵⁹; não tendo natureza constitucional como no processo penal.

3.5 A prova ilícita e o direito ao silêncio

“Passando por várias transformações durante a história da humanidade, a prova e sua produção refletiram o desenvolvimento das idéias, das crenças e da própria cultura,” conforme Frederico da Costa Carvalho Neto³⁶⁰.

Assim se buscava a verdade real a qualquer custo e acreditando-se que pela interferência de Deus se alcançaria a verdade real, usavam-se métodos cruéis.

Surgiram então, as ordálias, também chamadas de julgamento de Deus, que consistia na submissão daquele que estava sendo julgado, à uma prova drástica.³⁶¹ As partes não se defendiam, apenas aguardavam que a justiça divina fosse feita.

A inconformidade com estes tipos de prova só aconteceu no século XIX, com o surgimento de um movimento de resistência contra estes tipos de abusos.³⁶²

Existe, atualmente, uma limitação ao direito de prova porque senão qualquer material poderia ser introduzido no processo e valorado, inclusive aqueles que foram obtidos com violação dos direitos fundamentais.

³⁵⁹ Art. 347 do CPC: “A parte não é obrigada a depor de fatos: I- criminosos ou torpes, que lhe forem imputados; II- a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar sigilo. Entretanto conforme parágrafo único do mesmo artigo, “esta disposição não se aplica às ações de filiação, de desquite e de anulação de casamento.” Conforme Moacyr Amaral Santos(AMARAL SANTOS, Moacyr, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1977, vol. 4, p.112), nestes tipos de ações não goza a parte do direito de escusar-se de depor em função da relevância do interesse que alimenta essas ações, que é de ordem pública. Também o art. 406, inciso I do CPC, diz que a testemunha não está obrigada a depor sobre” fatos que lhe acarretem grave dano”

³⁶⁰ CARVALHO NETO, Frederico da Costa. *Ônus da prova no Código de defesa do Consumidor*, 1ª edição, São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002, p. 4.

³⁶¹ Idem , p. 5. Várias provas cruéis foram criadas, como as provas de fogo, da água , da serpente, entre outras.

³⁶² Idem, p.7.

O direito ao silêncio insere-se entre os direitos fundamentais que estão preceituados na Constituição. Sua violação conduz à ilicitude da prova que, por consequência, se torna inadmissível, o que significa dizer, segundo Scarance Fernandes, que esta prova não poderá ser aceita no processo.³⁶³

Assim, é imprescindível a advertência ao acusado antes do interrogatório quanto seu direito ao silêncio, para que ele possa optar entre participar ou não do interrogatório. No entanto, sua opção tem que decorrer de uma liberdade esclarecida.³⁶⁴

Como dito no Capítulo II, também na fase investigatória, nada do que o indivíduo tenha dito sem antes ter sido alertado sobre seu direito constitucional ao silêncio, poderá se utilizado contra ele.³⁶⁵

Acontece que são comuns casos em que, ao ser preso em flagrante, o acusado não é informado do direito ao silêncio e as suas declarações informais prestadas aos policiais que o prenderam, acabam sendo aceitas no âmbito judicial, como fundamento de decisões condenatórias.

Além do que, não se pode ignorar que a polícia, não poucas vezes, se vale de métodos medievais e desumanos para extorquir confissões de inocentes: é a busca da confissão a qualquer preço. Nas palavras de Serrano Neves, essa tem sido, através dos tempos, a preocupação da maioria das autoridades policiais, pois começar pela confissão, evitaria as canseiras das investigações intermináveis,³⁶⁶ e, como bem observa Earl Warren, a agente de polícia manobra pacientemente a si próprio ou a sua presa, para que atinja seu objetivo: a confissão.³⁶⁷

³⁶³ FERNANDES, Antonio, Scarance. *Processo penal*...., op., cit., p. 84

³⁶⁴ ANDRADE, Costa. *Sobre as proibições da prova*op., cit., p. 87

³⁶⁵ MOURA, Maria Thereza Rocha da Assis et all. *O interrogatório* ...op., cit., p.141

³⁶⁶ NEVES, Serrano. *O direito*..., op., cit., p. 20

³⁶⁷ WARREN, Earl. *Os direitos de Miranda*, in Revista Sub Judice-justiça e sociedade, nº 12, jan./junho de 1998, p. 106

Por esta razão, o testemunho exclusivo de policiais civis ou militares em processos criminais por posse ou tráfico de entorpecentes, tem sido recebido com reserva.³⁶⁸

3.5.1 Conseqüências da ofensa ao direito ao silêncio em face da prova produzida

Ressaltou-se que o direito ao silêncio insere-se entre os direitos fundamentais, e, sendo norma de hierarquia constitucional, disposta no art. 5º, inc. LXIII da Constituição Federal atual, a sua violação conduz à ilicitude da prova que foi colhida.³⁶⁹

Entretanto, mesmo tendo ficado estabelecido pela Constituição de 1988 que as provas ilícitas são inadmissíveis, muitas vezes elas acabam sendo admitidas no processo, gerando conseqüências no plano da admissibilidade e no plano da valoração das provas.³⁷⁰

Grave conseqüência, que decorre do ingresso da prova ilícita no processo, é a sua atuação sobre o convencimento do julgador, que poderá ser levado por ela a decidir em prejuízo do acusado.

Para que o julgador não seja afetado pelo conteúdo trazido pela prova ilícita ou derivada da ilícita para os autos, deve ser a mesma desentranhada.³⁷¹

Da mesma forma, o julgador não pode valorar o silêncio exercido pelo acusado, porque, como já foi salientado, ninguém pode exercer um direito e ser prejudicado em razão deste exercício.

³⁶⁸ Neste sentido decisão da 3ª Câmara, un. votos vencedores dos juízes Lauro Alves e Rebouças de Carvalho, RT 471/350-351

³⁶⁹ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *O direito à prova no processo penal*, São Paulo: RT, 1997, p. 110-118

³⁷⁰ Deve-se salientar que as provas ilícitas, além de conduzir à sua nulidade, pertencem à categoria das provas inexistentes, sendo por isso ineficazes.

³⁷¹ Neste sentido o ante-projeto do CPP, § 3º, art.157, adota a orientação de impedir que a sentença seja proferida pelo juiz que conhecer o conteúdo da prova declarada ilícita. Entretanto, conforme QUEIJO, Maria Thereza, op., cit., p. 276, “se o processo já foi julgado em primeiro grau, tomando a prova ilícita como fundamento, o Tribunal deverá anular a sentença e determinar que outra seja proferida, após o desentranhamento. Argumentar-se-á que seria possível, ao Tribunal, prosseguir no julgamento desconsiderando a prova ilícita. De fato. Mas o prosseguimento com a prova ilícita nos autos, passível de ser conhecida e examinada, poderá redundar na prolação de decisão que a toma como fundamento, embora isso não seja externado. Entretanto, se o Tribunal suprimindo a prova ilícita, entender que os elementos que permaneceram autorizam a absolvição, poderá prosseguir no julgamento” No direito italiano, estas provas serão inutilizadas.

Aliás, o exercício do direito ao silêncio não poderá ser valorado em sentença ou em qualquer provimento, como em decretações de prisão cautelar, caso contrário a decisão será nula.

Se, perante o Tribunal do Júri, o silêncio for argumento da acusação, a sentença será nula.

A consignação das perguntas durante as quais qual o acusado permaneceu silente e as respectivas razões para tal, constituem fonte de prova ilícita. Estes registros de perguntas não respondidas, não podem ser valorados e, portanto devem ser suprimidos.³⁷²

Do mesmo modo, qualquer informação colhida, mesmo uma eventual confissão, sem que tenha sido o acusado advertido do seu direito de calar, não poderá ser admitida. Quer-se evitar, com aquela advertência, que o acusado se auto-incrimine por desconhecimento do seu direito de calar. Estas provas devem ser desentranhadas³⁷³.

Contudo, não haverá nulidade do interrogatório, se apesar da falta de advertência quanto ao direito ao silêncio, o acusado silenciou ou exerceu a autodefesa sem se incriminar, pois sua defesa não foi prejudicada.³⁷⁴

Se a prova ilícita foi base para a denúncia, esta será nula. Deverá ser oferecida outra denúncia, com base em outros elementos, se existirem; caso contrário, o inquérito deverá ser arquivado.

³⁷² Para Queijo, Maria Thereza. *O princípio ...op.*, cit., p. 276 e 282, se do interrogatório no qual violou-se o direito ao silêncio, decorreu prejuízo para a defesa, além da exclusão da prova ilícita, o interrogatório terá que ser feito com a estrita observância do direito ao silêncio, bem como os atos processuais posteriores, se houve prejuízo como um todo. No entanto, o interrogatório não será feito se o acusado exerceu o seu direito ao silêncio, não decorrendo prejuízo para a defesa, como é o caso do interrogatório em que aconteceu a consignação das perguntas não respondidas.

³⁷³ A respeito do desentranhamento, FERNANDES, Antonio Scarance, *Processo Penal...., op., cit., p. 84*, salienta que deve-se aplicar por interpretação extensiva, o art. 145, inc. IV, do CPP, que determina o desentranhamento de documento falso, já que não há regra específica sobre o desentranhamento da prova ilícita no CPP.

³⁷⁴ Já que inexistiu confissão, nem houve prova ilícita, não há porque se falar de nulidade de interrogatório. Mas se a advertência for deficiente (não formulada nos termos adequados, ou seja, não informando de que do seu silêncio não poderá advir prejuízo para si) ou incompleta (ao advertir sobre o direito ao silêncio não for ressaltado de que desse direito não podem ser extraídos prejuízos ao seu titular), conduz à ilicitude da prova desde que não sejam usados métodos e técnicas de interrogatório que violem o direito ao silêncio, como a tortura, usada para que o acusado confesse.

Entretanto, se a denúncia baseada na prova ilícita ingressar nos autos, durante a instrução processual, pode redundar em nulidade do processo se o ato sacrificou a autodefesa e, conseqüentemente, a defesa como um todo. Por outro lado, poderá apenas invalidar o interrogatório sem contaminar os atos sucessivos, se o conteúdo das declarações não prejudicou a defesa como um todo.³⁷⁵

Portanto, o reconhecimento de nulidade de todo o processo depende da análise do prejuízo ao direito de defesa no caso concreto.³⁷⁶

Também as provas colhidas a partir do interrogatório do acusado, quando violou-se o direito ao silêncio, serão inadmissíveis em razão da teoria da árvore envenenada.

Desta maneira, serão inadmissíveis testemunhos de policiais que tomaram declarações informais do suspeito não advertindo-o sobre seu direito de calar-se, bem como inadmissíveis são as provas baseadas em testemunho de repórter, que entrevistou o acusado, como já salientado anteriormente.

Se estas “declarações informais prestadas pelo acusado à polícia ou em entrevista à imprensa, forem trazidas ao autos durante a instrução, consubstanciando confissão, abre-se a possibilidade de o Tribunal determinar o seu desentranhamento, sem a decretação da nulidade do processo,” conforme Maria Thereza Queijo.³⁷⁷

Embora possa também o Tribunal optar em prosseguir no julgamento da apelação sem considerar a confissão ilicitamente colhida, valorando apenas o restante dos elementos probatórios, a posição mais adequada ainda é a que decreta a nulidade da sentença e o desentranhamento da prova ilícita, proferindo nova decisão, pois evita a influência da prova ilícita sobre os julgadores.³⁷⁸

³⁷⁵ Neste sentido GRINOVER et alii, *As nulidades....op.*, cit., p. 69

³⁷⁶ MOURA, Maria Thereza R. de A. *Direito ao silêncio....op.*, cit., p. 144

³⁷⁷ QUEIJO, Maria Thereza. *O princípio do nemo tenetur.....*, op., cit., p. 280

³⁷⁸ A exceção que admite-se é aquela em que o tribunal, depois de excluir a prova ilícita, absolve o acusado. Neste caso específico o Tribunal pode desconsiderar a prova ilícita e prosseguir no julgamento.

Se acontecer o trânsito em julgado da sentença, propõe-se a revisão criminal, quando houver confissão obtida ilicitamente e a sentença será nula; ou o tribunal, julgando a revisão, poderá absolver o condenado ou poderá impetrar *Habbeas Corpus*, anulando a sentença e retirando a prova ilícita, sendo então proferida outra sentença, após a retirada da prova ilícita dos autos.

No tocante ao Tribunal do júri, mais complicada é a situação, pois a prova ilícita traz maior influência sobre os jurados leigos, que compõem o Conselho de Sentença.

Se a confissão, obtida ilicitamente, foi base para a pronúncia, ela deverá ser desentranhada e poderá ser reformada pelo Tribunal em sede recursal, podendo ainda decretar-se a nulidade da pronúncia, por impetração de *Habbeas Corpus*, sendo, então, proferida outra decisão de pronúncia.³⁷⁹

Se, no julgamento, a confissão obtida ilicitamente for mencionada em plenário, deve-se dissolver o Conselho de Sentença, sob pena do veredicto ser nulo, pois não se sabe até onde aquela prova pode influenciá-los.

Mas deve-se observar que existem exceções à inadmissibilidade da prova. É o caso da prova ilícita *pro reo*, ou seja, aquela que favorece a defesa poderá ser valorada e permanecer nos autos.³⁸⁰

³⁷⁹ GRINOVER, Ada Pellgrini, FERNANDES, Antonio Scarance e GOMES FILHO, Antonio Magalhães, *As nulidades...op.*, cit., p. 274. Salientam os autores que se ocorrer, contudo, a preclusão, e não impetrada a ordem de HABBEAS CORPUS, o veredicto proferido pelos jurados será nulo.

³⁸⁰ Esta prova só poderá ter a matéria examinada em apelação da acusação, senão ocorreria *reformatio in pejus*; mas se favoreceu a acusação, não haverá necessidade de decretar a nulidade da sentença, desde que, retirada a prova dos autos, decorra a absolvição do acusado, devendo o Tribunal determinar o desentranhamento da prova ilícita e julgar desconsiderando-a. Mas, se mesmo assim, houver elementos para a condenação, o melhor é que o Tribunal profira a nulidade da sentença, para que outra seja proferida, conforme salienta GOMES FILHO. Antonio Magalhães. *As nulidades do processo penal*, p. 116.

CONCLUSÃO

Conforme ficou ressaltado, a proposta deste trabalho é apresentar possíveis soluções para que o direito ao silêncio seja preservado e aplicado em sua plenitude no contexto da persecução penal.

Sob este prisma, foram extraídas as seguintes conclusões:

1. O direito ao silêncio é uma decorrência do princípio do *nemo tenetur se detegere*, que significa que “ninguém é obrigado a se auto-incriminar”.

Entretanto, deve-se esclarecer que o referido princípio não se restringe apenas ao direito de calar, pois como direito fundamental e garantia do cidadão no processo penal, como limite ao arbítrio do Estado, é bem mais amplo e há diversas decorrências que dele se extraem, compreendendo o direito de não produzir provas ou praticar atos que importem prejuízo à defesa

2. O direito constitucional ao silêncio se estende não só ao preso, mas também ao suspeito, indiciado ou acusado solto e se aplica em todos os interrogatórios, policial ou judicial, perante as Comissões Parlamentares de Inquérito e a qualquer ato em que o sujeito passivo é posto em condições de ser inquirido.

3. No processo cível brasileiro, o direito ao silêncio só é reconhecido às partes e as testemunhas no âmbito da legislação ordinária (art. 347 e art. 406 do CPC), já que a Constituição Federal fala em “preso”, ao tratar de tal direito.

4. O direito ao silêncio se aplica apenas à última parte do interrogatório, não se estendendo às perguntas relativas à qualificação do interrogado.

A qualificação (art. 187, parágrafo primeiro), antecede o interrogatório sobre os fatos (art. 187, parágrafo segundo), e é só neste último que pode se fazer uso do

direito ao silêncio, porque não se pode confundir o direito de calar com a obrigação a ele imposta de oferecer elementos verdadeiros sobre sua própria identidade. Apenas que, com o advento da Lei 10792 de 1º de dezembro de 2003, a exigência de informação da vida pregressa, passou a fazer parte da qualificação do imputado, ora, a concessão dos antecedentes criminais, logo no início da instrução, não só pode, como traz uma presunção de culpabilidade na mente do julgador, ante a preexistência de um registro criminal. O ideal seria que este tipo de informação só fosse exigida na fase de fixação da pena, para que se evitasse prejuízo ao imputado.

5. Qualquer limitação, direta ou indireta ao direito de calar é inconstitucional, já que impede o pleno exercício de direito público subjetivo previsto no art. 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal de 1988.

6. O direito ao silêncio é parte integrante de textos internacionais como o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, de 16.12.1996 (art. 14, parágrafo 3º, item g); a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, conhecida como Pacto de San José da Costa Rica (art. 8º, inc. II, item g); a Corte Penal Internacional (art. 67), e o Código Tipo para a Íbero-América (art. 41, capítulo II, secção II).

7. Logo, não pode decorrer do exercício do direito ao silêncio nenhum prejuízo ao seu titular.

Assim, não poderá haver consignação das perguntas não respondidas pelo interrogado , nem tampouco o silêncio constituir elemento de convicção para a formação do juiz, como sustenta o art. 198 do CPP.

8. Todo imputado, antes do interrogatório, deverá ser informado de seus direitos fundamentais, pela autoridade competente, de maneira clara e de forma a compreender-lhe o alcance. Tal informação deverá constar do termo de interrogatório.

9. O ideal seria que coubesse à autoridade interrogante fornecer, obrigatoriamente, ao acusado, por escrito, o rol de direitos e deveres que ele tem, inclusive o de silenciar, sem o que as declarações obtidas não poderão ser utilizadas.

10. Além disso, seria de suma importância para assegurar a observância do direitos ao silêncio ao acusado, desde a fase do inquérito, a obrigatoriedade da presença do advogado.

11. O direito ao silêncio, se desrespeitado, gera nulidade absoluta do interrogatório. E, dependendo do prejuízo causado à ampla defesa, poderá conduzir à nulidade de todos os atos que dele dependam ou derivam. Somente que, esta análise, embora difícil, deve ser feita em cada caso concreto.

12. A existência simultânea de um ordenamento constitucional e outro processual penal, geram conflitos de normas, e, embora a Constituição prevaleça sobre a norma processual a realidade prática demonstra que o direito ao silêncio continua sendo valorado em prejuízo do acusado. O direito ao silêncio pleno é uma exigência não só de justiça, mas sobretudo de liberdade.

13. O reconhecimento de um direito ao silêncio pleno, implica na escolha de um padrão humano ou ético quando se julga uma pessoa acusada de um crime, não importando o quão odioso seja esta pessoa e nem o quão fortes sejam as provas contra ela.

Afinal, a sociedade se fortalece quando impõe sua convicção sem o uso de confissões obtidas a qualquer custo.

REFERÊNCIAS

ALCALÁ-ZAMORRA Y CASTILHO, Niceto, LEVENE, Hijo, Ricardo. *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Editorial Guillermo Ltda, 1945, tomo II.

ALECRIM, Otacílio. *As Comissões Congressuais de Investigação no regime presidencialista- Métodos e objetivos nos Estados Unidos e no Brasil*, in RF 151.

ANDRADE, Manoel da Costa. *Direito à prova no processo pena*. 1ª ed., Coimbra, 1992.
AMBOS, Kai. *As reformas processuais penais na América latina. In A reforma do processo penal no Brasil e na América latin*, São Paulo: Ed. Método, 2001.

ALMEIDA, Angélica Maria Mello de. *O interrogatório do acusado como ampla defesa*, dissertação de Mestrado, Curso de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, abril de 1999.

ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de . *O Processo Criminal Brasileiro*, v.2, 3ª ed., Rio de Janeiro: Typ. Baptista de Souza, 1920, vol.2.

ALMEIDA, Joaquim Canuto de. *Princípios Fundamentais do Processo Penal*. São Paulo: RT, 1973.

ALMEIDA JÚNIOR, A. COSTA JÚNIOR, J. B. de O E. *Lições de Medicina Legal*, 5ª ed., São Paulo: Cia. Ed. Nacional, 1978.

ALTAVILLA, Enrico. *Psicologia Judiciária*, trad. Fernando de Miranda, São Paulo: Saraiva, v.2, 1946.

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Da prova no processo penal*, São Paulo: Ed. Saraiva, 1994.

ARAÚJO CINTRA, Antonio Carlos. GRINOVER, Ada Pellegrini e DIMAMARCO, Cândido. *Teoria Geral do Processo*, 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

AZEVEDO, David Teixeira de. *O interrogatório do réu e o direito ao silêncio*. RT, ano I, vol. 682, agosto de 1992

AZEVEDO, Tupinambá Pinto. *In painel intitulado Da ação penal e do processo penal na Lei 9605*, no Simpósio Nacional sobre Crimes e Infrações Ambientais, realizado em Porto Alegre de 14 à 16 de abril.

BARACHO, José A. de O. *Teoria Geral das comissões parlamentares de inquérito- Comissão Parlamentar de Inquérito*, Rio de Janeiro: Forense, 1998.

BARBIERO, Lourivaldo. *O direito constitucional do réu e suas conseqüências*. Cadernos Jurídicos da Escola da Magistratura, São Paulo: Imprensa Oficial, v.2, n.º 5, março-junho de 2001.

BARROS, Marco Antonio de. *A Busca da Verdade real no Processo Penal*. Tese. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo- USP, 2001.

BARROS, Antonio Milton de. *A defesa do acusado e sua intervenção no interrogatório judicial*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v.4, n.º 14, pp. 130-140, abril-junho de 1996.

BARROS, Romeu Pires Campos. *Interrogatório do acusado e o princípio da verdade real. Estudos de direito penal em homenagem à Néelson Hungria*, 1965, pp. 315-327.
 _____. *Direito processual penal brasileiro*, São Paulo: Sugestões Literárias, v. 2, 1971.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*, 4ª ed., parágrafo XI, São Paulo: Atena Ed., tradução de Paulo M. Olineira, s/ data.

BENEVIDES FILHO, Maurício. *Direitos à Intimidade e o processo de investigação de paternidade: direito à recusa ao exame hematológico* in *Dos direitos humanos aos direitos fundamentais*, Coord. William Santiago Guerra Filho, Livraria dos Advogados Editora, 1997.

BENTHAM, Jeremias. *Tratado dos sofismas políticos*. 2º ed., São Paulo: edições Cultura, 1945.

BERTOLINO, Pedro J. *Sobre el derecho ao silencio del imputado em el proceso penal*, in *El Debido Proceso Penal*, livremente traduzido, La Plata: Platense, 1986.

BITTENCOURT, Moura. *Crime*, Edição Universitária de Direito, 1973

BIZZOTTO, Alexandre e RODRIGUES, Andréia B.. *Processo penal Garantista*, Goiânia: AB, 1998.

BLACKSTONE, William. *Commentaries on the law of england*, vol. IV, Oxford: Clarendon Press, 169.

BONFIN, Edilson Mougenot. *Júri. Do Inquérito ao Plenário*. São Paulo: 1994

BUZZELLI, Sílvia. *II Contributo dell'imputato alla costruzione del fatto*, in Giulio Ubertis (org.) *La conoscenza del fatto nel processo penale*, Milão: Giuffrè, 1992.

BUENO, José Antonio Pimenta. *Apontamentos sobre o processo criminal brasileiro*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Empresa Nacional do Diário, 1857.

CALON, Eugênio Cuello. *Derecho penal*, 11ª ed., Barcelona: Bosh, 1953, t.1.

CARNAÚBA, Maria Cecília Pontes. *Prova ilícita*, São Paulo: Saraiva, 2000.

CARNELUTTI. *Derecho Procesal Civil e Penal*, trad., Enrique Figueroa Alfonso, México: Episa, 1997.

CARVALHO, Geraldo Sanches de. *Ficar calado: direito do réu?*, in boletim IBCCRIM de jurisprudência, junho de 1993.

- CARVALHO, Luis Grandinetti de. *O Processo Penal em face da Constituição*, Rio de Janeiro: Forense 1992.
- CARVALHO NETO, Frederico da Costa. *Ônus da prova no Código de defesa do Consumidor*, São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.
- CINTRA, Araújo et alii. *Teoria geral do processo*. 13ª ed., São Paulo: Malheiros, 1997.
- CINTRA JÚNIOR, Dirceu Aguiar. *Processo Penal Inconstitucional*. Boletim IBCCRIM, São Paulo, n.º 9, outubro de 1993.
- CHOUKR, Fauzi Hassan. *Garantias constitucionais na investigação criminal*, São Paulo: RT, 1995.
- COSTA JÚNIOR, Paulo José. *Tutela Penal da Intimidade*. Tese para concurso à cátedra de Direito Penal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1970.
- COLTRO, Antonio Carlos Mathias. *O silêncio, a presunção de inocência e sua valoração*. Justiça Penal, São Paulo: RT, v.6, n.º 13, pp. 291-305, 1999.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*, São Paulo: Saraiva, 1999.
- COSTA, Moacyr L. da. *Origem, natureza e atribuições das Comissões Parlamentares de Inquérito*, Revista de Direito Público, n.º 9.
- CORWIN, Earl. *Os direitos de Miranda*. Revista Sub Judice-justiça e Sociedade, n.º12, jan/jun de 1998.
- COUCEIRO, João Cláudio. *A garantia constitucional do direito ao silêncio*, dissertação de Mestrado para a Faculdade de Direito do Lago de São Francisco, 2002.
- _____. *A garantia constitucional do direito ao silêncio*, São Paulo: RT, 2004.
- DE LUCA, Javier Augusto. *Notas sobre la cláusula contra la autoincriminación coaccionada*. Cuadernos de Doctrina Y Jurisprudência Penal, Buenos Aires, v. 5, n.º 9, outubro de 1999.
- DELGADO, José Augusto. *A tutela do processo na Constituição de 1988*, n.º55, São Paulo: RT, 1990.
- DELMANTO, Roberto. *O testemunho exclusivo de policiais e a violação do direito ao silêncio nos casos de tóxicos*. Revista do Advogado, São Paulo: 1998
- DELMAS-MARTY, Mirelle (org.). *Procesos Penales de Europa*, trad. Pablo Morenilla Allard, Editorial EDIJUS, 2000.
- DIAS NETO, Theodomiro. *O direito ao silêncio: tratamento alemão e norte-americano*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo:, v. 5, n.º 19, julho/setembro de 1997.
- DOSI, Ettore. *LA C.D. Testemonianza delle parte e lòbbliigo di verità*. Rivista italiana di diritto e procedura penale, Milão: Giuffrè, 1963

- ESER, Albin. *Die rechstellung des beschuldigten im Starfprozes der Bundesrepublik Deutschland*. In Deutsch-Ungarish Kolloquium über Strafrecht und Kriminologie. Hrsg. Von Eser und G. Kaiser. Freiburg: Nomos, S. 147-167.
- ESPARZA LEIBAR, Iñaki. *El principio del proceso debido*, Barcelona: José Maria Bosh Editor, S. A. 1995.
- ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo Penal brasileiro anotado*, 3ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, v.1 e v.2.
- FARIA, Antonio Bento de. *Código de Processo Penal: Decreto-lei nº 3.689 de 3 de outubro de 1941*. Rio de Janeiro: Record Editora, 1960.
- FERENCZY, Peter Andreas. *Defesa Dativa- o elo frágil na relação processual penal*, Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*, 2ª ed., ver. E atual., São Paulo: RT, 2000.
- FERRACIÙ, Antonio. *Inchiesta política*, in *Nuovo Digesto Italiano*, Turim: UTET, 1938, vol. VI, p. 943.
- FERRAJÓLI, Luigi. *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*. Roma: Bari, 1989.
- FERREIRA, Luis Pinto. *Comentários à Constituição brasileira*, São Paulo: Saraiva, 1992, v.3.
- FERRI, Enrico. *La sociologie criminelle*, Paris: Librairie des Facultes, 1901.
- MARQUES José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*, v.2, 1965.
- GARCIA, Maria. *O devido processo penal e o direito de permanecer calado- a tortura*, in *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, ano 5, n. 20.
- GRAHAM, Lilly. *Na Introductionto the law of evidence*, 2ª ed., St. Paul, West Publishing Co., 1992.
- GREVI, Vitorio. *Nemo tenetur se detegere*, Milano: Giuffrè, 1972.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *Interrogatório do réu e direito ao silêncio*, Ciência Penal, São Paulo: Ed. Convívio, ano III, n.º1, 1976.
- _____. *Liberdades Públicas e Processo Penal- as interceptações telefônicas*, São Paulo: RT, 1982.
- _____. *Aspectos processuais da responsabilidade penal da pessoa jurídica*, in *Temas Atuais de Direito Criminal*, São Paulo: Ed., RT, vol. 2, 1999.
- _____. *Influência do Código de Processo Penal Modelo para a Ibero-América na legislação latino-americana. Convergências e dissonâncias com os sistemas italiano e brasileiro*. Boletim, ano I, janeiro-março, 1993.
- _____. *A iniciativa instrutória do juiz no processo em evolução*, 2.ª ed., Rio de Janeiro: Forense 1990.

GOES, José Antonio de Andrade. *Da Intervenção do Ministério Público e da Defesa no Interrogatório do Acusado*, in *Justitia*, São Paulo, v. 83.

GOMES, Luis Flávio. *Os 10 anos da Constituição Federal: temas diversos*, coord. Alexandre de Moraes, São Paulo: Atlas, 1999.

_____. *O direito de apelar em liberdade*, 2.^a ed., São Paulo: RT, 1996.

_____. *Lei de lavagem de Capitais: aspectos processuais*. Boletim do IBCCRIM, n.º 65, abril de 1998.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*, São Paulo: RT, 1997.

_____. *Presunção de inocência e prisão cautelar*, São Paulo: Saraiva, 1991.

_____. *A reforma do processo penal brasileiro, relatório apresentado às XII*

HITTERS, Juan Carlos. *Derecho internacional de los Derechos Humanos*, Tomo II, Sistema Interamericano - El Pacto de San José da Costa Rica, Ediar, 1993.

HOBBS, Thomas. *Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil*, trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva São Paulo: Editora Nova Cultural, 2000

HUNGRIA, Néelson. No verbete *Confissão* do repertório enciclopédico do Direito Brasileiro, de J. M. de Carvalho Santos, v. XI, Rio de Janeiro: Borsoi.

INELLAS, Gabriel César Zacarias de. *Da prova em processo criminal*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

ILLUMINATI, Giulio. *La presunzione d'innocenza del'imputato*, Bolonha: Zanichelli, 1979.

KANT, Emmanuel. *Metaphysische Anfangsgründe der Reuchtlehre*, Ed. Cassier, 7/39.

KIMURA, Alexandre Issa. *CPI: teoria e prática*, São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

LEIBAR, Inãki Esparza. *EL principio del debido proceso*, Barcelona: José Maria Bosh Editor, S/A, 1995.

LEVY, Leonard W. *Origens of the Fifth Amendment*, Nova York: Oxford University Press, 1968.

LOPES JÚNIOR, Aury. *A crise do inquérito policial: breve análise dos sistemas de investigação preliminar no processo penal*, in *Revista Ibero-Americana de Ciências Penais*, ano 1, n.º 0, publicação do Centro de Estudos Ibero-Americano de Ciências Criminais- CEIP, maio-agosto de 2000.

MANZINI, Vincenzo. *Tratatto di diritto processuale penale*, vol. IV, 1932.

MALATESTA, Nicola Famarino dei. *La Lógica delle prove in criminale*, Torino: Uniome Tipográfico-editrice, 1895.

MAIER, Julio. *La ordenanza procesal penal aleman: su comparación com los sistemas de enjuiciamiento argentinos*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1978-1982.

- MAYERS, Lewin. *Shal We Amend the Fifth Amendment*. Greenwood Press Publish, 1959.
- MEHMERI, Adilson. *Inquérito Policial: Dinâmica*. São Paulo: Saraiva, 1992.
- MENDES, Yolanda. *As Comissões Parlamentares de Inquérito*, in *Do Processo Legislativo*, Brasília, 1972.
- MIRABETTE, Júlio de Frabrini. *Processo Penal*, 2ª ed., São Paulo: Atlas, 1992.
- MORAES, Alexandre. *Direito ao silêncio e Comissões Parlamentares de Inquérito*, in IBCCRIM, ano 7, nº 79, junho de 1999.
- MORAES, Carlos Otaviano Brenner de. *Depoimento de Policiais*, in <http://www.maxpages.com/>
- MITTERMAIER, Karl Joseph Anton. *Tratado da Prova Criminal*, trad. Por Alberto antonio Soares, 3ª ed., Rio de Janeiro: Jacinto, 1917.
- MÜLLER-DIETZ, Heinz. *Die Stellung des Beschuldigten in Strafprozeb*, ZSTW, 93: 1177-1270, 1981
- NEVES, Serrano. *O direito de calar*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Castos, 1966.
- NORONHA, Eduardo Magalhães. *Interrogatório*, in Enciclopédia Saraiva, vol. 62.
- NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Curso Completo de Processo Penal*. São Paulo:Saraiva, 1991.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *O valor da confissão como meio no processo penal*, 2ª ed., ver. E atual., São Paulo: RT, 2000.
- _____. *Interrogatório, Confissão e Direito ao silêncio*, in <http://www.cpc.adv.br/Penal.htm>.
- OLIVEIRA FILHO, João de. *Inquéritos parlamentares*, in *Revista de Informação Legislativa*, nº 2.
- PAGLIUCA, José Carlos Gobbis. *Miranda v. Arizona, 34 anos depois*, in <http://www.direitopenal.adv.br/artigos.asp?pagina=16&id=580>
- PALMA, Maria Fernanda. *A constitucionalidade do art.342 do Código de Processo Penal. O direito ao silêncio do argüido-* in *Revista do Ministério Público*, v.15, nº 60, out/dez de 1994
- PASSOS, Paulo Roberto da Silva, e OLIVEIRA, Thales Cezar. *Princípios constitucionais no inquérito policial e no processo penal*. São Paulo: Themis livraria e editora, 2001.
- PAULINO, Jaques. *Comissão Parlamentar de Inquérito e Governo*, in *Revista Forense*, nº 151.
- PEDROSO, Fernando de Almeida. *Processo penal. O direito de defesa: Repercussão, amplitude e limites*, 3ª ed., ver., atual. e ampl., São Paulo: RT, 2001.

PEREIRA, Agnaldo Costa. *Comissões Parlamentares de Inquérito*, Rio de Janeiro: ASA Artes Gráficas S.A., 1948.

PEREIRA E SOUZA, Joaquim José Caetano. *Primeiras linhas sobre o processo criminal*, 4ª ed., Lisboa: Impressão Régia, 1831.

PINA, Antonio Lopez et all. *La garantía constitucional de los derechos fundamentales*, Madrid: Ed. Civitas, 1991

PINHEIRO FRANCO, Geraldo Francisco. Identificação criminal deve ser *modificada*, a nível de *Constituição*, in Boletim IBCCRIM, São Paulo, nº 9, outubro de 1993.

PITOMBO, Sérgio Marcos de M.. *Notas em prol da regulamentação do uso de algemas, Inquérito policial-Novas tendências*, Belém: Cejud, 1986.

PORTANOVA, Rui. *Princípios do processo civil*, 5ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

QUARESMA, Carlos. *Falsidade de depoimento ou declaração*, in Sub-judice-justiça e sociedade, nº 11, outubro de 1996.

QUEIROZ, Carlos Alberto M. de. *A amplitude constitucional do direito ao silêncio*, in INCCRIM, nº 46, setembro de 1996.

QUEIJO, Maria Elizabeth. O princípio do nemo tenetur se detegere, e a suas *decorrências no processo penal*, tese de doutorado, apresentada no Curso de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2002.

QINTANA, Tomás Ojea. *El privilegio contra la auto-incriminación- um estudio comparativo*, in Cuadernos de Doctrina y jurisprudência penal, v. 5, nº 9, Buenos Aires: Editora AD-HOC, Outubro de 1999.

RAMAJOLI, Sérgio. *La prova nel processo penale*, Milão: CEDAM, 1998.

RAVIGNANI, Emílio. *Asembleas Constituyentes Argentinas*, t.1 , citado por el Procurador General em Fallos, 281: 178.

REALE, Miguel. *Da Obrigação de dizer a verdade*, in Estudos de filosofia do Direito, Saraiva, 1978.

_____. *Filosofia do direito*, vol. I , tomo II, São Paulo: Saraiva, 1953

_____. *Lições preliminares de direito*, Saraiva, 1984

REIS, Carlos David Santos A.. *O silêncio do indiciado e a lavratura de auto de prisão em flagrante*. Revista dos Tribunais, 575 setembro de 1983.

RICCIO, Giuseppe. *Profili Funzionale e Aspetti Strutturali delle indagini preliminare*, in RIDPP, vol. I de 1995.

RIVERO, J.. *Droit administratif*, 7ª ed., Paris: Dalloz

ROGALL, Klauss. *Der Beschuldigte als beweismittel gegen sich selbst*, Berlin: Duncker & Humnlot, sech 1977.

ROMEIRO, Jorge Alberto. *Considerações sobre o conceito do interrogatório*, in Elementos de Direito Penal e Processual Penal, São Paulo: Saraiva, 1978.

ROSENBERG, Irene Mercker e Yale. *In the beginning: the talmudic rule against self-incrimination*, New York: University Law Review, vol. 63, nº 5, novembro de 1988.

ROSSETTO, Enio Luiz. *A eficácia e a relevância da confissão no processo penal brasileiro*, dissertação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, abril de 1999.

RUBIO, Ricardo de Medina. *La función constitucional de las Comissione Parlamentar de investigación*, Madrid: Editorial Civitas, Universidad de Alicant-Cuadernos Civiats, 1994.

SABATINI, Giuseppe. *Trattato dei procediment incidentti nel processo penale*, Torino: UTET, 1953.

SÁNCHEZ, Alberto Suárez. *El debido Proceso Penal*, Bogotá-Colombia: D`vinni Editorial Ltda, 1998.

SAMPAIO, Nelson S.. *Inquérito Parlamentar*, FGV. 1964.

SANDEVILLE, Lorete Garcia. *O direito ao silêncio*, Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, dez. 1991, 36/241.

SBIDEN, Karl. *Criminalística*, ed. Lisboa, 1937.

Slaibi Filho, Nagib. *Anotações à Constituição de 1988. Aspectos Fundamentais*, 3ª ed., Rio de Janeiro:Forense, 1992.

STEINER, Silvia Helena de Figueiredo. *A Convenção Americana sobre direitos e sua integração ao processo penal brasileiro*, São Paulo: RT, 2000.

SILVA, José Luiz Mônaco da. *Comissões Parlamentares de Inquérito*, São Paulo: Ícone, 1999.

_____. *A vinculação do juiz no processo penal*, São Paulo: Saraiva, 1993

SIQUEIRA, Galdino. *Curso de processo criminal*, 2ª ed., São Paulo: Livraria Magalhães, 1937.

SOUZA, Gilson S. de . *Prisão em flagrante, garantias constitucionais de assistência da família e de advogado*, RT, 682/356

SUANNES, Adauto. *Os fundamentos do devido processo penal*, São Paulo: RT, nº 12, 1999.

TEDESCO, Ignácio F. *El privilegio contra la auto-incriminación: um estúdio comparativo*, in Cuadernos de Doctrina e jurisprudência penal, v. 3, nº 6, agosto de 1997.

TONINI, Paolo. *La Prova Penale*, 3ª ed., Pádua: CEDAM, 1999, 110.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Princípios gerais do direito processual civil*, Revista de processo, v. 23, 1981.

TORNAGHI, Hélio. *Curso de processo penal*, 4ª ed., Saraiva, 1987.

_____. *Instituições de processo penal*, 2ª ed., Saraiva, 1977.

THORTON, Peter et al. *Justice on trial, Report f the Independent Civil Liberty on Criminal Justice*, Londres: Edward Bear Associates & Crowes of Norwick, 1993.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*, 12ª ed., vol. III São Paulo: Ed. Saraiva, 1990.

TUCCI, Rogério de Lauria. *Os Direitos e Garantias Individuais no Proesso Penal Brasileiro*, tese da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 1993.

UBERTIS, Giulio. *La conocenza del fatto nel processo penale*, Milão: Giuffrè, 1992.

VITAL, Nelson. *Regimento Interno e Súmula do STF*, Forense, 1991.

ZAFFARONI, R. *Convención Americana sobre Derechos Humanos y el siatema penal*, in Revista de Derecho Público 2, Buenos Aires, 1987.

ZVIRBLIS, Alberto Antonio. *Livramento condicional e prática de execução penal*, Bauru: Edipro, 2001.