



UNIVERSIDADE PARANAENSE – UNIPAR
CURSO DE MESTRADO EM DIREITO PROCESSUAL E CIDADANIA

DO PRINCÍPIO *NEMO TENETUR SE DETEGERE*
NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

FOZ DO IGUAÇU
2008

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

DANIEL JANUÁRIO

DO PRINCÍPIO *NEMO TENETUR SE DETEGERE*
NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Trabalho de conclusão de curso apresentado à banca examinadora do curso de mestrado da Universidade Paranaense – UNIPAR, como exigência parcial para obtenção do grau de mestre, sob orientação do Prof. Dr. Cândido Furtado Maia Neto.

FOZ DO IGUAÇU
2008

ATA DE AVALIAÇÃO DA DEFESA PÚBLICA DE DISSERTAÇÃO Nº. 001/2009 DE MESTRADO EM DIREITO PROCESSUAL E CIDADANIA DO(A) CANDIDATO(A) DANIEL JANUÁRIO REALIZADA NA UNIVERSIDADE PARANENSE – UMUARAMA.

Ao décimo segundo dia do mês de fevereiro do ano de 2009, às vinte horas, Sala do Tribunal do Júri da Unipar, em sessão pública, reuniu-se a Banca da Defesa de Dissertação de Mestrado em Direito do(a) candidato(a) **Daniel Januário** assim constituída: Prof. Dr. Oscar Llanes Torres (membro convidado), Prof. Dr. Celso Hiroshi Icochama (membro do corpo docente da Unipar) e Prof. Dr. Cândido Furtado Maia Neto (membro do corpo docente da Unipar) que na qualidade de Orientador(a) presidiu a Banca. Iniciados os trabalhos, a presidência deu conhecimento aos membros da Banca do(a) Candidato(a) das normas que regem a Defesa da Dissertação e definiu-se a ordem a ser seguida pelos Examinadores para a arguição. A seguir, o(a) candidato(a) passou à defesa de sua dissertação de mestrado intitulada “**DO PRINCÍPIO NEMO TENETUR SE DETEGERE NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO**”. Encerrada a defesa, procedeu-se ao julgamento em sessão privada, tendo sido atribuído o(a) candidato(a) à menção **APROVADO, COM NOTA 10 (DEZ)**, fazendo jus ao título de **MESTRE EM DIREITO**, área de concentração: **Direito Processual Penal**. Nada mais havendo a tratar, lavrou-se a presente ata que vai assinada pelos membros da Banca Examinadora e por mim Rosely Aparecida Bertelis Merlini, Secretária Geral da Pós-Graduação *Stricto Sensu*.

Umuarama, 12 de fevereiro de 2009.

Prof. Dr. Cândido Furtado Maia Neto
Presidente da Banca e Orientador(a)
(Membro do corpo docente da Unipar)

Prof. Dr. Oscar Llanes Torres
(Membro Convidado)

Prof. Dr. Celso Hiroshi Icochama
(Membro do corpo docente da Unipar)

Rosely Aparecida Bertelis Merlini
Secretária Geral da Pós-Graduação *Stricto Sensu*

Dedicatória

Dedico este trabalho à minha querida esposa Claudia Gamarra Pereira Januário, companheira de vida e de sonhos, aos meus pais, Antonio Januário Filho e Alba Gonçalves Olmedo, e à memória de Amália Olmedo.

Agradecimentos

Meus sinceros agradecimentos:

a Deus, formador de tudo que há, por ter tornado este momento possível;

aos familiares e amigos, pelo carinho, força e compreensão nos longos momentos de ausência;

ao Prof. Dr. Cândido Furtado Maia Neto, orientador deste trabalho, pela amizade, paciência e ensinamentos;

à equipe de servidores da Biblioteca da Seção Judiciária do Paraná, especialmente a Maria Emília Loyola Ponestk, pelo apoio incansável na obtenção do material bibliográfico;

a todos os professores e colegas do curso de mestrado, pelo companheirismo e ensinamentos;

aos servidores da Unipar, Rose Merlini e Antonio Bernardo Silva, pela atenção;

a Rony Ferreira e Catarina Volkart Pinto, pelo incentivo à busca do aperfeiçoamento intelectual;

à colega Maria Paula Rocha Maltezinho Machado da Silva pela inestimável ajuda na obtenção dos livros europeus.

ao grande amigo Sérgio Campos.

“O acusado tem direitos sagrados, que não se devem absolutamente desprezar, e isto, sobretudo, porque o fato de ser argüido não significa ser culpado” (Altavilla, 1982, p. 99).

RESUMO

O princípio *nemo tenetur se detegere*, também conhecido como princípio contra a auto-incriminação, é examinado dentro do contexto do direito constitucional e processual penal brasileiro. A busca da verdade, a qualquer custo, como demonstra uma breve incursão histórica na origem do mencionado princípio, justificou durante muitos séculos a ação do poder estatal no cometimento de inúmeras atrocidades contra o gênero humano. A construção do princípio *nemo tenetur se detegere* no âmbito do processo penal representa uma insurgência contra a inexistência de limites no exercício desse poder persecutório e a consagração da primeira garantia do acusado. Tendo sido reconhecido em ordenamentos de diversas nações (Estados Unidos da América, Espanha, Argentina), na segunda metade do século XX também o foi no âmbito internacional, passando a integrar o rol dos direitos humanos, como se observa no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos da ONU, de 16.12.1966, e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, aprovada em 22.11.1969, em São José da Costa Rica, pela OEA. No ordenamento jurídico brasileiro foi alçado à condição de direito fundamental, na medida em que se encontra localizado na Constituição Federal, implícita e explicitamente, no capítulo dedicado aos direitos e garantias individuais. Devidamente compreendido, hodiernamente o princípio *nemo tenetur se detegere* se estende sobre todos os meios probatórios, ou seja, no interrogatório, por meio do direito ao silêncio (art. 5º, LXIII, da CF), e nas modalidades probatórias (acareação, reconstituição do evento criminoso, bafômetro, exame de DNA, etc.) que requerem a colaboração do acusado. Cumpre observar, entretanto, que não se trata, assim como todos os demais, de um direito absoluto, pois se levado às últimas conseqüências poderá inviabilizar o interesse público no cumprimento da lei penal. Logo, na hipótese do meio de prova ser previsto em lei, a harmonização das possíveis colisões entre os direitos individuais e os interesses estatais (sociais), se perfaz mediante um juízo de ponderação, executado pelo Poder Judiciário, quando invocado num caso concreto, por meio do método do princípio da proporcionalidade, composto pelo subprincípios adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Palavras-chave.

Princípio nemo tenetur se detegere – Direito Fundamental – Meios probatórios - Interrogatório — Colaboração do acusado.

ABSTRACT

The principle *nemo tenetur se detegere*, also known as principle against self-incrimination, is examined within the context of constitutional law and Brazilian criminal procedure. The search for truth at any cost, as shown in a brief historical incursion in the origin of that principle, justified during many centuries the action of government power committing numerous atrocities against human race. The construction of the term *nemo tenetur se detegere* in criminal proceedings, represents an insurgency against the lack of limits on the exercise of that persecutory power and the consecration of the accused's first guarantee. Been recognized in jurisdictions of several nations (United States of America, Spain, Argentina), in the second half of the twentieth century, was also in the international level, to integrate the role of human rights, as one can see on the International Covenant on Civil and Political Rights UN in 16.12.1966, and the American Convention on Human Rights, adopted in 22.11.1969, at San Jose in Costa Rica, the OAS. In the Brazilian legal system, was raised to the status of fundamental right once it is in the Federal Constitution, implicit and explicitly, in the section of rights and individual guarantees. Properly understood, the current termination *nemo tenetur se detegere* extends itself to all probatory ways, that is, in the interrogation, by the right to silence (Article 5, LXIII, the FC), and the evidentiary procedures (confrontation, criminal event reconstitution, breath test, DNA test, and so on.) requiring the collaboration of the accused. Must observe, however, that it is not, as well as all the others, a absolute right, because if led to the ultimate consequences, it might impede the public interest in enforcement of criminal law. Therefore, in case the proof be provided by law, the harmonization of possible collisions between individual rights and state interests (social), takes form by a court of balance, run by the Judiciary Power, involving a real case, using the method of proportionality, composed by subprinciples as, appropriateness, necessity and proportionality in the strict sense.

Key Words

Principle *nemo tenetur se detegere* - Basic Law - Probatory ways - Interrogation - Collaboration of the accused

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	12
2 TERMINOLOGIA.....	15
3 BUSCA HISTÓRICA DAS ORIGENS DO PRINCÍPIO <i>NEMO TENETUR SE DETEGERE</i>	17
3.1 Egito	18
3.2 Hebreus	19
3.3 Grécia: Atenas	20
3.4 Roma.....	22
3.4.1 Do processo cognitio e comicial.....	22
3.4.2 Das quaestiones perpetuae.....	25
3.4.3 Do processo cognitio extraordinem	26
3.5 Direito Germânico.....	27
3.6 Direito Canônico	32
3.6.1 Das características do sistema inquisitório.....	36
3.6.2 Do interrogatório no direito canônico e o princípio nemo tenetur se detegere ..	38
3.7 Do iluminismo.....	40
3.8 Direito Inglês	43
3.8.1 Contexto histórico.....	43
3.8.2 Da Magna Carta e do sistema de provas.....	44
3.8.3 Da administração da Justiça	46
3.9 Direto Norte-Americano	50
3.10 Dos Diplomas de Natureza Internacional.....	52
4 DO CONCEITO DE VERDADE NO PROCESSO PENAL E SUA RELAÇÃO COM O PRINCÍPIO <i>NEMO TENETUR SE DETEGERE</i>	54
4.1 Verdade Real e Formal	56
4.2 Do Princípio <i>nemo tenetur se detegere</i> e sua Relação com a Verdade.....	59
5 TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: A ORDEM CONSTITUCIONAL BRASILEIRA E O PRINCÍPIO <i>NEMO TENETUR SE DETEGERE</i>	62
5.1 Terminologia, Conceito e Funções	62
5.2 Gerações e/ou Dimensões	63
5.3 Normas Fundamentais.....	66
5.4 Estrutura das Normas de Direito Fundamental: Princípios e Regras.....	68
5.5 Da Relatividade dos Direitos Fundamentais.....	70
5.6 Sistema de Regras e Princípios	71
5.7 Tipos de Princípios.....	73
5.8 Da Colisão entre Princípios	74
5.9 Da Recepção de Normas de Direitos Humanos na Ordem Interna Constitucional Brasileira	75
6 NATUREZA JURÍDICA E CARACTERÍSTICAS DO PRINCÍPIO <i>NEMO TENETUR SE DETEGERE</i>	85

6.1 Da Relação entre os Princípios do Devido Processo Legal e o <i>Nemo Tenetur se Detegere</i>	85
6.2 Dos Princípios da Ampla Defesa e Contraditório e a Relação com o <i>Nemo Tenetur se Detegere</i>	90
6.3 Da relação entre os princípios da presunção de inocência (não-culpabilidade) e o <i>nemo tenetur se detegere</i>	97
6.4 A incorporação do princípio <i>nemo tenetur se detegere</i> na ordem constitucional brasileira em virtude dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos	100
6.5 Conclusões quanto à natureza.....	103
6.6 Características	104
7 INTERROGATÓRIO.....	107
7.1 Natureza Jurídica.....	107
7.2 Disciplina do Interrogatório e do Direito ao Silêncio no Código de Processo Penal antes da Constituição Federal de 1988	113
7.2.1 Fatos históricos e ideologia	113
7.2.2 Características do interrogatório	115
7.2.3 O princípio <i>nemo tenetur se detegere</i> : o direito ao silêncio.....	118
7.3 O Interrogatório e o Direito ao Silêncio na Vigência da Constituição Federal de 1988.....	120
7.4 Da Reforma Promovida pela Lei nº 10.792, de 01 de dezembro de 2003, na Disciplina do Interrogatório e no Direito ao Silêncio.....	125
7.4.1 Dos artigos 186, 191 e 198 do CPP	125
7.4.2 Da entrevista e participação do advogado do acusado no interrogatório.....	128
7.4.3 Do interrogatório de qualificação/identificação.....	132
7.4.4 Da informação do direito ao silêncio no interrogatório judicial.....	134
7.4.5 Do interrogatório de mérito	135
7.5 Das Reformas Promovidas pelas Leis nº 11.689/2008, 11.690/2008 e 11.719/2008.....	136
7.6 Da Realização do Interrogatório durante o Inquérito Policial ou Investigação Preliminar	149
7.6.1 Considerações gerais	149
7.6.2 Do tratamento do direito ao silêncio durante a investigação preliminar	157
7.6.2.1 Interrogatório.....	157
7.6.2.2 Do momento da informação do direito ao silêncio pela polícia	158
7.6.2.3 Declarações prestadas à imprensa.....	162
7.7 Métodos Proibidos de Interrogatórios.....	164
7.7.1 Tortura	164
7.7.2 Técnicas de formulação de perguntas	165
7.7.3 Métodos “científicos”	166
7.7.3.1 Narcoanálise	167
7.7.3.2 Detector de mentiras ou polígrafo	168
7.7.4 Conclusões.....	169
8 O PRINCÍPIO <i>NEMO TENETUR SE DETEGERE</i> E OS MEIOS PROBATÓRIOS QUE DEPENDEM DA COOPERAÇÃO DO ACUSADO	170
8.1 Posicionamentos Doutrinários.....	171
8.2 Crítica e Posicionamento quanto ao Problema	173

9 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE	179
9.1 Origem	179
9.2 Denominações e Natureza Jurídica.....	180
9.3. Fundamento Jurídico.....	181
9.4 Conceito e Estrutura.....	183
9.5 Proporcionalidade e Razoabilidade	184
9.6 A Aplicação do Princípio da Proporcionalidade no Processo Penal	185
9.7 Posicionamento acerca do Tema.....	188
10 DOS MEIOS DE PROVA EM ESPÉCIE.....	190
10.1 Acareação e Reconstituição Simulada de Crime	190
10.2 Exame Grafotécnico	192
10.3 Bafômetro	194
10.4 Entrega de Documentos por Ordem Judicial.....	198
10.5 Extração de DNA	202
10.5.1 Da obtenção de amostras biológicas para a realização do exame de DNA no processo penal	206
10.5.1.1 Coleta de material descartado	206
10.5.1.2 Intervenções corporais para extração de material biológico	209
10.5.2 Da declaração internacional sobre os dados genéticos humanos	216
10.5.3 Do projeto de lei nº 417/2003.....	217
11 CONCLUSÃO.....	220
12 BIBLIOGRAFIA	227

1 INTRODUÇÃO

A verdade sempre foi um objetivo perseguido pelo homem, iniciado a partir dos seus primeiros passos na Terra.

E nessa busca incessante, na descoberta de sua origem, a razão de ser das coisas, se encontra uma das grandes forças que o impelem para vencer dificuldades e dar continuidade à sua sobrevivência.

No âmbito do direito, a busca da verdade (ou daquilo que se crê ser ela) permeia todo o trabalho dos seus operadores; todavia, nesse aspecto, nada mais significativo do que sua história e conseqüências no processo penal.

Longe de ser um exagero, sendo (como é) a apuração da verdade a meta essencial do direito processual penal (DIAS NETO, 1987, p. 180), o princípio *nemo tenetur se detegere*, examinado ao longo deste estudo, é o indicador do grau de reconhecimento do tratamento dispensado à dignidade do ser humano, em diversas épocas e culturas.

O seu reconhecimento se revela numa grande conquista na história da humanidade, não sendo por outro motivo que Ferrajoli afirma ser ele a primeira máxima do garantismo processual acusatório (2006, p. 560); entretanto, para que isso ocorresse uma grande revolução de idéias e conceitos foi necessária.

De fato, anteriormente era inconcebível a fixação de limites na atividade investigatória da verdade pelo Estado, o qual, em nome do exercício da atividade jurisdicional, livre e lícitamente podia dispor de qualquer recurso, inclusive maus tratos e torturas contra o acusado, a quem cabia unicamente suportá-los e manifestar a “verdade”. Muitas mortes e condenações de inocentes foram levadas a efeito em virtude desse sistema, legitimadas por ordenamentos jurídicos de nações de quase todo o mundo até o final do século XVIII.

Com o reconhecimento do direito de permanecer em silêncio, faceta do princípio *nemo tenetur se detegere*, e a atribuição da defesa a advogados, impôs-se um limite ao poderio estatal, podendo-se dar a falsa impressão de que a questão se encontrava resolvida.

Ledo engano, com o avanço da ciência, nos séculos seguintes, principalmente no início do século XX, novas formas de investigação da “verdade” surgiram e novos ataques foram desferidos contra o referido princípio, a saber: soros

da verdade, hipnoses, detectores de mentiras são apenas alguns exemplos de novas técnicas criadas não mais infligindo dor e sofrimento, porém violadoras das fronteiras psíquicas da autodeterminação dos acusados.

Com novos avanços científicos, conseqüentemente surgem novas técnicas de investigação, tais como o exame de sangue e o DNA. e assim a discussão mais uma vez é renovada e os questionamentos passam a incidir acerca da legalidade de intervenções corporais a fim da extração de material orgânico para tais testes. Haveria violação aos direitos do acusado?

A constante tensão entre direitos individuais e estatais no processo penal ocasionou o reconhecimento do *nemo tenetur se detegere* em textos constitucionais de nações de várias regiões do planeta (Estados Unidos, Argentina, Espanha, por exemplo), assim como em tratados e convenções internacionais, a saber: o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos da ONU, de 16.12.1966, e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, aprovada em 22.11.1969, em São José da Costa Rica.

Logo, o estudo do princípio *nemo tenetur se detegere*, dado aos freqüentes ataques no decorrer dos tempos, no passado, presente e futuro, revela-se de fundamental importância para o processo penal, motivo pelo qual tem despertado a atenção de doutrinadores e legisladores de todo o mundo, cujos trabalhos resultam numa extensa e quase invencível literatura.

As idéias do presente trabalho se encontram organizados em nove capítulos.

Nos primeiros três serão examinados os aspectos concernentes à terminologia, à busca das origens históricas do princípio *nemo tenetur se detegere* (da antiguidade até a atualidade) e seu relacionamento com a busca da verdade no processo penal, respectivamente.

Como acima dito, dado ao reconhecimento do *nemo tenetur se detegere* como direito fundamental, inclusive na ordem internacional, no quarto capítulo aborda-se a teoria geral dos direitos fundamentais e a questão da recepção dessas normas na ordem interna brasileira.

No capítulo cinco examina-se sua natureza em face dos devido processo legal, da ampla defesa, contraditório e da presunção de inocência, e as características do referido princípio em estudo.

Dedica-se no capítulo seguinte (sexto) uma análise do *nemo tenetur se detegere* na clássica seara de sua aplicação: o interrogatório, judicial e extrajudicial,

na disciplina do Código de Processo Penal de 1941, sob o prisma da nova ordem instituída pela Constituição Federal de 1988 e, por fim, de acordo com as alterações promovidas pelas Leis nº 10.792/2003, 11.689/2008, 11.690/2008 e 11.719/2008.

Vencida essa etapa, passa-se ao exame do princípio *nemo tenetur se detegere* nos meios de prova que implicam na cooperação do acusado para a sua produção (capítulo sete). Dada a dificuldade acerca do tema, inicialmente são apresentados os diversos posicionamentos doutrinários e, na seqüência, toma-se uma posição pessoal em face dos mesmos.

Como decorrência do capítulo anterior, a fim de resolver a mencionada tensão entre os direitos individuais e os Estatais, o princípio da proporcionalidade é examinado e apresentado como uma poderosa ferramenta nesse desiderato.

No capítulo final são apreciados os meios de prova em espécie, dependentes da cooperação do acusado, a saber: acareação, reconstituição do crime, exame grafotécnico, bafômetro e o exame em DNA; os quais julgamos dos mais relevantes em face dos questionamentos atuais.

Não se pretendeu esgotar o assunto, que, com franqueza, demandaria anos e anos de pesquisas, dada a vastidão de obras publicadas em todo o globo, porém contribuir na discussão acerca dos assuntos discorridos e apresentar um ponto de vista pessoal, certamente não perfeito, mas que objetivou, ante de tudo, resguardar o campo de aplicação da proteção oferecida pelo princípio *nemo tenetur se detegere*, não limitando-o, como pretende parcela da doutrina, mas, em virtude de sua natureza fundamental, equacionando-o com o interesse da sociedade na persecução penal, a fim desta também não ser prejudicada.

Acredita-se que tão-somente assim estar-se-á caminhando em direção a um verdadeiro garantismo, digno de um Estado Democrático de Direito, tal como preconizado e almejado pela Constituição Federal de 1988 e pelas normas internacionais de proteção aos direitos humanos.

2 TERMINOLOGIA

O princípio da não obrigatoriedade de produzir prova contra si também é conhecido por várias fórmulas latinas, a saber: *nemo tenetur edere contra se*, *nemo tenetur se accusare* (ninguém é obrigado a se acusar), *nemo tenetur se ipsum prodere*, *nemo tenetur detegere turpitudinem suam* (ninguém é obrigado a revelar sua própria vergonha) e *nemo testis contra se ipsum* (QUEIJO, 2003, p. 4)¹.

Todavia, a expressão consagrada pela doutrina é a *nemo tenetur se detegere*, que significa “ninguém é obrigado a se descobrir”.

Na comunidade jurídica anglo-americana (*common law*) é conhecido como *privilege against self-incrimination*, que, traduzido para o nosso vernáculo, significa “privilégio contra a auto-incriminação”.

Em nosso país, o Supremo Tribunal Federal tem se referido ao princípio valendo-se indistintamente das expressões *nemo tenetur se detegere*, privilégio contra a auto-incriminação (*privilege against self-incrimination*) ou, ainda, como direito de permanecer calado, tal como inscrito na Constituição Federal em seu artigo 5º, LXIII².

Ainda que não se confundam o princípio contra a auto-incriminação com o direito ao silêncio, sendo este uma decorrência daquele, cuja distinção será objeto de análise adiante, na verdade o Supremo Tribunal Federal assim o faz apenas como um recurso lingüístico (HC nº 68.742/DF, HC nº 80.949/RJ, HC nº 69.818/SP).

Contudo, merece atenção o fato de que o termo privilégio, oriundo do direito anglo-americano, não encontra albergue no direito brasileiro.

Acerca do tema Haddad (2005, p. 47) argumenta que o termo privilégio, oriundo do direito anglo-americano, na sua origem, equivale a um direito invocável e restrito apenas a determinadas pessoas ou classes.

Lembra que a noção de privilégio está associada a “concessões conferidas pelo Estado, revogáveis a qualquer tempo, nas quais se insere a idéia de tratamento especial e antiisonômico.” E mais: “... concessões oferecidas a determinados

¹ Ver também MOURA; MORAES, 1994, p. 134. COUCEIRO, 2004, p. 25.

² “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.”

sujeitos, sem denotar um interesse geral protetor como valor fundamental da pessoa no confronto com a autoridade do Estado” (HADDAD, 2005, p. 48).

Na medida em que nos Estados Unidos o princípio contra a auto-incriminação foi elevado a status constitucional pela 5ª Emenda, ali também perdeu sentido a utilização do termo privilégio, já que o direito, a partir de então ostentando natureza fundamental, aplica-se a qualquer situação que envolva um delito e é extensível a todos os indivíduos.

Valendo-se de outro raciocínio, Oliveira, por sua vez, argumenta que nesse país efetivamente se trata de um privilégio, pois a regra geral é o dever de depor de todas as pessoas. A exceção cabe ao acusado, ao se lhe outorgar o direito de não se manifestar (2004, p. 208).

Entretanto, cumpre advertir que o acusado pode renunciar a esse direito e submeter-se ao interrogatório, o que implica no dever de dizer a verdade, sob pena do cometimento de perjúrio. Tal circunstância não se ajusta à realidade brasileira, já que nenhuma consequência se aplica ao acusado que falte com a verdade em seu depoimento.

Sendo assim, não se afigura correto, sob o ponto de vista doutrinário e legal, a importação do termo “privilégio contra a auto-incriminação” para o ordenamento jurídico brasileiro.

No decorrer deste estudo serão utilizadas as expressões *nemo tenetur se detegere* e princípio contra a auto-incriminação, indistintamente, para se referir à não obrigatoriedade de fornecer prova contra si próprio.

3 BUSCA HISTÓRICA DAS ORIGENS DO PRINCÍPIO *NEMO TENETUR SE DETEGERE*

No atual estágio do desenvolvimento cultural está assente a necessidade de se respeitar a liberdade de auto-determinação do ser humano, compreendido como a liberdade de fazer ou deixar de fazer alguma atitude segundo seu livre querer; porém, a história revela que tal entendimento é fruto recente de grandes e diversas lutas travadas pelos indivíduos contra o Estado.

O cerne dessa conflituosa relação reside no caminho a se percorrer pelo encontro da verdade.

Com efeito, a verdade sempre foi um objetivo perseguido pelo homem, iniciado a partir dos seus primeiros passos na Terra.

E nessa busca incessante, na descoberta de sua origem, a razão de ser das coisas, se encontra uma das grandes forças que o impelem para vencer as dificuldades e dar continuidade a sua sobrevivência.

No âmbito do direito, mormente nos meandros do processo penal, a pretexto de se buscar e encontrar a verdade (ou daquilo que se acredita ser) tem se lançado mão de todas as técnicas possíveis, inclusive a tortura.

Nesse sentido precisa a lição de MAIA NETO:

A história do Direito Penal, ou a dos castigos é a própria história das civilizações, desde os tempos mais remotos a tortura e os maus-tratos foram práticas usuais das administrações de Justiça criminal de todo o mundo, como meio mais fácil para se descobrir a verdade e de se criar um autor para o crime em questão (1993, p. 1).

Se nas antigas civilizações a tortura era um ato corriqueiro, ainda hoje tal prática persiste e é largamente utilizada. Um caso de tortura institucionalizada: recentemente a BBC de Londres veiculou matéria jornalística intitulada “Bush veta lei que limita interrogatórios”, em que se admite expressamente que o serviço secreto norte-americano (CIA) utiliza o método do afogamento em interrogatórios ligados à “guerra contra o terror”.³

No Brasil, dentre milhares de exemplos possíveis, colhem-se dois casos significativos: o primeiro, o célebre, inesquecível e ainda comovente caso dos irmãos

³ Disponível em: <http://www.bbc.co.uk/portuguese/reporterbbc/story/2008/03/080308_bushveto.shtml>. Acesso em: 08.03.2008.

Naves, ocorrido em 1937 na Comarca de Araguari, Minas Gerais⁴; o segundo é o filme BOPE Tropa de Elite, em que se revela o cotidiano e os métodos utilizados pelo Batalhão de Operações da Polícia Militar carioca no combate ao crime.

O princípio *nemo tenetur se detegere*, como adiante se demonstrará, é o produto do processo histórico da afirmação e exigência de respeito à dignidade do ser humano pelo Poder Estatal, coincidindo, naturalmente, com a evolução do processo penal mundial.

Não se trata de um movimento linear. Há autores que enxergam sua origem em épocas remotas, imemoriais.

A seguir examinar-se-á algumas culturas da antiguidade a fim de encontrar as primeiras manifestações do princípio *nemo tenetur se detegere*. Na medida em que a tortura era (e ainda é) um dos meios mais brutais para afastar a autodeterminação do acusado, examinar-se-á cada cultura segundo a possibilidade ou não do seu emprego no interrogatório.

3.1 Egito

Segundo RAMOS, o processo egípcio foi profundamente influenciado pela religiosidade e avanços científicos alcançados por aquela civilização, com ênfase à matemática.

Um exemplo dessa combinação dialética entre religião e matemática, por exemplo, é a referência ao *Maât* que, sendo o objetivo dos reis do Egito antigo, representa o *equilíbrio*. Essa combinação influencia o processo da época, gerando um verdadeiro princípio, quase com o sentido como é visto no presente. O *Maât* corresponde ao ideal de as partes saírem plena e igualmente satisfeitas do tribunal. Como tal, era um objetivo a ser perseguido e atingido pelos julgadores. Para os egípcios antigos, *Maât* é sinônimo de verdade, ordem e justiça. (1996, p. 32)

Na administração da prática judiciária zelava-se muito pela efetiva distribuição e aplicação da justiça, ao ponto de se não aplicar a pena de morte (RAMOS, 1996, p. 33).

Contudo, em que pese tais balizas filosóficas, na obtenção da verdade não se eliminou a utilização da tortura no processo egípcio (ROSSETTO, 2001, p. 17) e o juramento era obrigatório (QUEIJO, 2003, p. 5).

⁴ Para uma leitura completa do caso ver DOTTI, 1994, p. 184-197.

Nas audiências, ainda que o acesso ao público fosse permitido, caracterizava-se pela “ausência da palavra dita em voz alta”, conseqüentemente os atos processuais eram registrados por escrito. Cuidava-se não de um registro como hoje é conhecido, mas de uma opção derivada da crença do poder mágico da palavra escrita sobre a realidade, como forma de modificá-la (RAMOS, 1996, p. 34).

Além disso, a deliberação da causa se fazia em segredo e posteriormente era revelada em audiência pelo magistrado, não por meio da palavra, mas por gestos e símbolos (RAMOS, 1996, p. 35).

Dessa forma, além de não se possuir registros nesse sentido, pelos contornos do sistema processual conhecido, permite-se concluir que o princípio *nemo tenetur se detegere* não encontrou guarida na cultura egípcia.

3.2 Hebreus

Dentre os povos da antiguidade, os hebreus se destacam por não empregarem a tortura na tentativa da obtenção de uma confissão do acusado, isso em razão da influência dos Dez Mandamentos⁵ e demais orientações prescritas no Pentateuco⁶.

Costa afirma que “existe uma tendência a crer que a legislação penal dos judeus era francamente rigorosa, porém não havia povo que tivesse mais respeito pela vida e pela liberdade do semelhante, ainda que delinqüente, do que os hebreus” (1992, p. 101).

No que tange à busca da verdade, no livro de Deuteronômio⁷ resta consignada a regra das duas testemunhas, a qual dispõe que a comprovação de um determinado fato em Juízo, por meio da prova testemunhal, somente seria admitida por meio de duas ou mais pessoas, nunca com base em uma só.

É nessa regra que alguns autores, como Irene Merker Rosenberg, Yale L. Rosenberg e Haim B. Cohn (*apud* COUCEIRO, 2004, p. 29), visualizam o antecedente histórico do princípio *nemo tenetur se detegere*.

⁵ Ver Livro de Êxodo capítulo 20.

⁶ Conjunto dos cinco primeiros livros da Bíblia, escritos por Moisés (Conciso Dicionário Bíblico, 1983, p. 149).

⁷ Capítulo 19, versículo 15: “Uma só testemunha contra alguém não se levantará por qualquer iniquidade, ou por qualquer pecado, seja qual for o pecado que cometeu; pela boca de duas testemunhas, ou pela boca de três testemunhas, se estabelecerá o fato.”

Zainaghi, citando Leonard W. Levy, esclarece que entre os Hebreus prevalecia “a máxima *ein Adam se ipsum tenetur*. Numa tradução literal, significa que um homem não poderia apresentar-se como culpado, ou como transgressor. (...) Estava proibida a admissão em depoimento de qualquer testemunho auto-incriminatório, mesmo dado voluntariamente” (2004, p. 134).

A lógica desse entendimento deriva da razão de que o homem, na medida em que não poderia dispor de sua vida e de seu corpo⁸, já que pertence a DEUS, também não poderia confessar o cometimento de um crime que o sujeita-se à morte. Ou seja, isso equivaleria a uma forma de disposição indireta da vida.

Dessa forma, no direito hebreu era proibida a auto-incriminação voluntária, bem como sua admissão como prova em Juízo (COUCEIRO, 2004, p. 31).

Quanto ao interrogatório, também se destaca a não exigência de se prestar o juramento (QUEIJO, 2003, p. 5)⁹, excepcionando-se apenas para o fim de provar sua inocência¹⁰.

Diante da proibição da auto-incriminação voluntária, da ausência de juramento nos interrogatórios, da necessidade de uma robusta prova testemunhal para amparar um decreto condenatório, pode-se afirmar que o processo hebreu possuía uma natureza garantista¹¹, ainda que incipiente, sendo a primeira nação a considerar o interrogatório como um ato de defesa (NUCCI, 1999, p. 136).

3.3 Grécia: Atenas

Maior pondera que “a Grécia nunca se unificou. Foi sempre um conjunto de cidades autônomas, ciosas de sua independência e orgulhosas de seus templos, seus artistas e seus atletas. O único traço de união entre os gregos era a língua e a religião” (1978, p. 74).

⁸ Ver Levítico, capítulo 19, versículo 28.

⁹ Nesse sentido também RISTORI, 2007, p. 20.

¹⁰ Êxodo, capítulo 22, versículos 7-11: “7 Se alguém der ao seu próximo dinheiro, ou bens, a guardar, e isso for furtado da casa daquele homem, o ladrão, se for achado, pagará o dobro. 8 Se o ladrão não for achado, então o dono da casa será levado diante dos juízes, a ver se não pôs a sua mão nos bens do seu próximo. 9 Sobre todo o negócio fraudulento, sobre boi, sobre jumento, sobre gado miúdo, sobre roupa, sobre toda a coisa perdida, de que alguém disser que é sua, a causa de ambos será levada perante os juízes; aquele a quem condenarem os juízes pagará em dobro ao seu próximo. 10 Se alguém der a seu próximo a guardar um jumento, ou boi, ou ovelha, ou outro animal, e este morrer, ou for dilacerado, ou arrebatado, ninguém o vendo, 11 Então haverá juramento do SENHOR entre ambos, de que não pôs a sua mão nos bens do seu próximo; e seu dono o aceitará, e o outro não o restituirá.” Ver ainda Números capítulo 5, versículos 11 a 31.

¹¹ Nesse sentido também GOULART, 2002, p. 22.

Logo, não se é possível extrair as características do processo grego, mas tão-somente de cada uma das cidades gregas, sendo Esparta e Atenas as mais reconhecidas pela importância e influência. Dentre as duas se opta por Atenas, que se tornou a mais poderosa e por representar, dentro de sua época e valores, o berço da democracia.

Nessa Cidade-Estado a estrutura judiciária moldou-se de acordo com a concepção de Estado ou regime político: o democrático (RAMOS, 1996, p. 42).

Os tribunais atenienses conhecidos são a Assembléia do Povo, o Aereópago ou Conselho dos Anciões, os tribunais dos Efetas e dos Heliastas (ALMEIDA Jr., 1911, p. 17); todos compostos pelo povo¹², razão pela qual se pode dizer que a figura do magistrado foi substituída pela do julgamento popular (BARROS, 2002, p. 51).

No tocante ao processo, o sistema era acusatório e se oportunizava o contraditório às partes. A audiência era pública e oral (RAMOS, 1996, p. 37), sendo que incumbia às partes toda a iniciativa probatória, ou seja, ao magistrado não cabia nenhuma interferência na produção das provas (ROSSETO, 2001, p. 18)¹³.

Quanto à obtenção da verdade, em momento anterior ao julgamento, o acusado era obrigado a prestar o juramento de dizer a verdade (NUCCI, 1999, p. 136). Entretanto, a tortura era aplicada no interrogatório do acusado. Ristori (2007, p. 21) afirma que inicialmente apenas os escravos eram submetidos à tortura, em razão de não poderem prestar juramento. Posteriormente, o método foi estendido também aos cidadãos livres e estrangeiros¹⁴. No caso da testemunha se recusar a depor, também havia autorização para submetê-las ao tormento (ALMEIDA Jr., 1911, p. 19)

O julgamento, após a oportunização do contraditório, era realizado por maioria de votos, salientando-se que em caso de empate, decidia-se em favor do acusado (MIRABETE, 2003, p. 34).

Almeida (1973, p. 48) ensina que na hipótese da absolvição do acusado:

... os mesmos juízes, logo em seguida à decisão, examinavam a conduta do acusador; se este tinha por si a quinta parte dos juízes, a acusação era considerada *fundada*; se não tinha, era havida por *temerária*, multado o

¹² O conceito de povo para os gregos excluía os menores de dezoito anos, as mulheres, os escravos e estrangeiros (RAMOS, 1996, p. 37), estes últimos também conhecidos por metecos.

¹³ Ver ainda BARROS, 2002, p. 52.

¹⁴ Ver também GOULART, 2002, p. 23.

acusador, por isto, em mil drácmas, com interdição do direito de acusar; para a acusação julgada caluniosa, mais graves eram as penas.

Portanto, não obstante todos os avanços processuais que se podem extrair da cultura ateniense, nela o princípio *nemo tenetur se detegere* não encontra sua origem.

3.4 Roma

A importância da história romana em todas as áreas do conhecimento é evidente: engenharia, arquitetura, medicina, arte militar, política, dentre outros ramos, ainda abeberaram de suas conquistas, notáveis para a época; entretanto, nada mais significativo do que o direito.

Talvez o direito possa ter sido o maior legado desse povo às demais culturas (MAIOR, 1978, p. 170), na medida em que sua influência marcou o passado do Ocidente, faz-se ainda presente e provavelmente será referência por muitos séculos.

Costuma-se dividir a narrativa de seus acontecimentos em quatro grandes períodos: a) o Régio, também denominada Realeza, iniciado com a fundação em 754 a.C. até 509 a.C., quando ocorreu a revolução contra o rei Tarquínio; b) a República, de 510 a.C até 27 a.C, com a tomada do poder por Otávio; c) Principado de 27 a.C a 284 d.C, e; d) Monarquia absoluta, iniciado por Diocleciano ao assumir o trono em 284 d.C. a 565 d.C. (TUCCI, 1976, *apud* ROSSETO, 2001, p. 19).

Durante todos esses séculos, o processo penal, objeto ora focado, transmudou em quatro períodos: a) *cognitio*; b) comicial, c) *quaestiones perpetuae* e d) *extraordinaria cognitio* ou *cognitio extra ordinem*.

3.4.1 *Do processo cognitio e comicial*

Segundo BARROS (2002, p. 53), na fase da Realeza, o rei detinha a função de julgar, que a delegava aos *duúnviros*, responsáveis pelo julgamento de crimes de lesa-pátria e lesa-majestade, aos *questores*, competentes para os crimes de homicídios, bem como à *Assembléia do Senado*.

Da fundação de Roma até a Revolução Republicana, o processo penal se denominava *cognitio* (ou cognição espontânea), caracterizado pela ausência de um acusador e pelo fato do magistrado, ao tomar conhecimento de um fato delituoso,

empregar ele próprio as investigações necessárias para sua elucidação, com liberdade irrestrita. A essa fase preliminar de investigação se chamava *inquisitio*.

No que concerne ao interrogatório, considerando o momento processual mais importante, o acusado possuía a obrigação de prestar juramento e tudo quanto lhe fosse indagado pelo magistrado deveria ser respondido, sob pena de ser submetido ao “flagelo, prisão ou multa” (COUCEIRO, 2004, p. 34).

Na hipótese de confessar, revela NUCCI, o acusado era preso até o momento do seu julgamento; porém, se reputasse falsa a acusação, poderia permanecer em liberdade mediante a prestação de uma garantia (fiança) por terceiros, que se responsabilizavam pelo acusado. Nesse último, não comparecendo em Juízo, a garantia era revertida ao Estado e os fiadores processados. A fuga de Roma era o reconhecimento da culpabilidade (1999, p. 137).

Uma vez concluída a apuração dos fatos, o magistrado estava autorizado a anunciar um decreto condenatório.

Por meio das Leis das XII Tábuas¹⁵, promulgada por volta de 453-51 a.C. (FRAGOSO, 1994, p. 27), fruto da luta entre as duas classes sociais em que se dividia a população romana, patrícios (aristocracia) e plebeus (homens livres despojados da condição de cidadãos), entre outros objetivos, procurou-se atenuar esses poderes dos magistrados.

Como dito por MAIOR (1978, p. 123):

Embora mantivesse a distinção entre patrícios e plebeus e desse aos primeiros uma supremacia política e social quase absoluta, a lei das Doze Tábuas, no entanto, dava à plebe oportunidade de saber exatamente qual o ordenação jurídica a que se achava subordinada, libertando-as pois dos caprichos pessoais dos patrícios.

E acrescenta esse autor que, com o decorrer dos anos, em razão de diversos interesses imperialistas, os patrícios reconheceram vários direitos aos plebeus, por meio das Leis *Licínias*¹⁶, *Canuléia*¹⁷ e *Ogúlnia*¹⁸, ao ponto de se atingir o nivelamento entre as indigitadas classes sociais (MAIOR, 1978, p. 123).

¹⁵ Aduz Costa (1992, p. 106) ser esse “o primeiro marco milenar na história do Direito Romano”.

¹⁶ Diminuiu as dívidas contraídas, possibilitou a divisão das terras conquistadas e garantia que um dos cônsules fosse um plebeu.

¹⁷ Permitia o casamento entre os membros das duas classes.

¹⁸ Concedia a possibilidade de um plebeu ocupar o cargo máximo da magistratura.

Um grande diferencial se fez sentir no processo penal com a inovação introduzida pela lei *Lex Valeria*, que possibilitou a revisão dos julgamentos pelo povo (*provocatio ad populum*) e pelo estabelecimento de uma espécie de devido processo legal, denominado *anquisitio*. Contudo, somente o cidadão romano dele podia se valer, ou seja, tal benefício não se estendida às mulheres e aos não-cidadãos romanos (BARROS, 2002, p. 55).

De acordo com Almeida (1973, p. 47) “tal *provocatio* compelia o magistrado, que decidira mediante a *inquisitio*, a apresentar ao povo os elementos necessários para uma espécie de revisão da causa.”

Nesse período, conhecido como *comicial*, para fins de realizar o novo julgamento, o povo se reunia em comícios, organizados por centúrias ou por tribos (MITTERMAIER, 1979, p. 29).

Por esse novo procedimento, resta manifesto que o magistrado deveria cumprir seu dever zelando pela correspondência das provas coligidas durante a *inquisitio* com o decreto condenatório proferido, já que, na hipótese de ser invocada a *provocatio*, deveria defender perante a assembléia (comício) sua tomada de posição no caso concreto (BARROS, 2002, p. 55).

Admitida a *provocatio* abria-se uma nova fase processual em que o processo tramitava segundo a *anquisitio*, consistente na citação para responder ao processo, o estabelecimento de prazos para o cumprimento dos atos, a possibilidade de autodefesa perante o comício, além de se possibilitar a defesa por meio de um terceiro¹⁹. Nesse sentido, expressiva a lição de Mommsen:

“... tuvo una importancia grande en el desarrollo del procedimiento penal la circunstancia de que para hacer posible una decisión respecto de los ciudadanos, era preciso dar, no solo la sentencia, sino también los fundamentos de la misma, las pruebas de la culpabilidad del condenado; por lo que, al cabo y después de la inquisición que sin formalidades legales había llevado a cabo el magistrado, se hacía uso de un procedimiento preparatorio, llamado *anquisitio*, en el cual estaba fijamente determinada la citación y fijamente determinados los plazos, y en donde se admitía, además de la autodefensa, la defensa por medio de tercera persona [...]. No puede caber duda alguna de que si el derecho romano llegó a construir en general un procedimiento penal regulado por la ley, las bases para este procedimiento las echó la anquisición.” (MOMMSEN, 1991, *apud* RAMOS, 1996, p. 47)

¹⁹ Ver ainda ALMEIDA (1973, p. 47).

Logo, de uma total ausência de formalidades o processo penal romano pela primeira vez passou a ser regido por normas, dando início à construção de um devido processo legal.

Apesar desses grandes avanços, verifica-se que o processo, como reflexo da organização social, ainda era discriminatório em relação às mulheres e não-cidadãos romanos.

Sendo assim, aponta Almeida (1973, p. 47) que ao findar da República a atribuição da acusação foi deslocada do magistrado para um representante voluntário do povo: estava assim criada a figura do acusador ou *acusatio*.²⁰

3.4.2 *Das quaestiones perpetuae*

Em razão da criminalidade crescente, da expansão territorial romana e a dificuldade na reunião do povo em assembleia (ROSSETO, 2001, p. 21), por volta do século IV a.C, destacou-se dos comícios, por tempo determinado, um grupo para o julgamento de causas de interesse coletivo (RAMOS, 1996, p. 48): *os quaestiones*.

Com o decorrer do tempo esse grupo, composto por 50 (cinquenta) cidadãos romanos, adquiriu natureza permanente e passou a ser denominado *quaestiones perpetuae*.

Segundo FRAGOSO, nessa época os magistrados “estavam adstritos à previsão legal anterior para os crimes e as penas a serem aplicadas, quanto aos *crimina publica (legitima, ordinaria)*. Tais crimes eram os previstos na *leges Corneliae e Juliae*, constituindo o *ordo judiciorum publicorum*” (1971, p. 1).

Mantendo as características fundamentais já apontadas no período da *cognitio* e *comicial*, na apuração de crimes privados o silêncio do acusado durante o interrogatório equivalia à confissão e o processo se encerrava, restando apenas a fixação e o cumprimento da pena (RISTORI, 2007, p. 24)²¹.

Disserta Nucci que a atribuição da acusação voluntária a qualquer cidadão romano (*acusatio*) gerou graves conseqüências, tais como a possibilidade de se valer do instituto como instrumento de uma vingança ou de pura litigiosidade (1999, p. 137).

²⁰ Também ROSSETO (2001, p. 20).

²¹ Ver também COUCEIRO, 2004, p. 36.

No caso de insucesso da acusação, à semelhança da cultura grega, o sujeito estava sujeito a sanções, inclusive a detenção preventiva (ALMEIDA, 1973, p. 48) para ser processado pelos delitos de calúnia, prevaricação ou tergiversação (BARROS, 2002, p. 55).

Ademais, agraciava-se a impunidade quando ninguém do povo se dispusesse a exercer a *acusatio*, principalmente em relação à classe abastada da população, porquanto raramente se observava contra estes o exercício da acusação pelos menos favorecidos.

O fim desse período se dá no século III d.C. (FRAGOSO, 1994, p. 29), porém foi considerado o apogeu da democracia romana, na medida em que havia um respeito às Leis instituídas e não era aplicada a tortura aos homens livres (BARROS, 2002, p. 56).

3.4.3 Do processo *cognitio extraordinem*

A partir do período (político) do principado (27 a.C.) um novo processo penal foi implantado em Roma, a saber, o *cognitio extraordinem*, que concorreu até o século III com as *quaestiones perpetuae* e depois se tornou o processo ordinário (FRAGOSO, 1994, p. 29).

Com o intuito de ajuste à nova estrutura e exigência do Estado romano (principado e posteriormente monarquia absoluta) e novamente para fins de repressão à crescente criminalidade, o povo deixou de participar nos julgamentos criminais (RISTORI, 2007, p. 24).

O magistrado, a exemplo do período da *cognitio*, novamente passou a atuar de ofício - com total liberdade - na apuração dos delitos e na acusação (ROSETTO, 2001, p. 23).

Criou-se um grupo de funcionários do Estado responsáveis pelas investigações, uma espécie de polícia, que levava ao conhecimento do magistrado todos os elementos colhidos (NUCCI, 1999, p. 137).

A instrução processual desenvolvia-se secretamente e sem o contraditório (BARROS, 2002, p. 58); nas audiências a homenagem à oralidade foi substituída pelo processo escrito, pois os interrogatórios e os depoimentos das testemunhas eram reduzidos a termo (RAMOS, 1996, 49). O emprego da tortura foi autorizado nos crimes de menor gravidade contra as classes inferiores e aos homens livres;

porém, nos casos de crimes contra o Estado, também as classes superiores poderiam sofrer tormentos (COUCEIRO, 2004, p.39). Saliente-se que testemunhas também poderiam se submetidas aos tormentos.

Estabeleceu-se a aplicação da pena segundo a condição social do réu, cessando a igualdade conquistada após a promulgação da Lei das XII Tábuas (FRAGOSO, 1994, p. 30). Com relação a determinados crimes (*crimina publicae*), deixou-se de observar a necessidade de previsão legal anterior, passando a punição a se realizar por meio da analogia (FRAGOSO, 1971, p. 1), culminando em grandes arbitrariedades judiciais.

No tocante à confissão, Mittermaier (1978, p. 222) afirma que:

En tiempo de los emperadores se empleó más frecuentemente el tormento y se introdujeron en el proceso ciertos elementos de instrucción; la confesión tomó al punto una importancia mucho mayor, y se vio a los jurisconsultos romanos reconocer la necesidad de un examen menos superficial de sus motivos de confianza; si embargo, media todavía gran distancia de esto a una teoría legal y a un sistema regularizado. Pero aun entonces se tenía generalmente como prueba bastante la confesión.

Trata-se da fase de decadência do império romano e de seu último sistema processual penal, marcado pela inquisitividade.

Pelo que acima restou apontado, infere-se que o princípio *nemo tenetur se detegere* não foi contemplado na história romana. Ainda que no período republicano várias garantias processuais tenham sido estabelecidas, nessa cultura o acusado tinha a obrigação de responder ao magistrado quando questionado.

3.5 Direito Germânico

A decadência do império romano se deu paulatinamente, iniciando-se por volta do século II d.C, em razão de diversos fatores, a saber: a exploração dos agricultores, a redução da pequena propriedade privada, indisciplina militar, a depreciação da moeda (ocasionada por medidas determinadas pelos imperadores na fraude da liga metálica utilizada na fabricação da moeda e na adulteração do seu peso, a fim de proporcionar uma maior circulação), as pestes trazidas das guerras contra a Pérsia e, por fim, as invasões bárbaras (MAIOR, 1978, p. 148-149).

Os romanos consideravam bárbaros todos aqueles povos que não se expressassem em latim ou que não estivessem subordinados ao seu poderio. Logo,

nessa categoria se incluíam os germanos, os celtas, os eslavos, os árabes, os berberes e os citas (MAIOR, 1978, p. 208).

As invasões bárbaras não foram movimentos unicamente armados. Pelo contrário, em muitos casos se fizeram de forma pacífica em áreas não ocupadas no norte da Itália. Alguns, inclusive, admirando a cultura romana, encaminhavam seus filhos para estudar em Roma (MAIOR, 1978, p. 214). Em outros casos, devida às tentativas de invasão da Europa, os germanos aliaram-se a Roma e lutaram ao seu lado²², sendo recompensados com doações de terras. No entanto, com a pressão do avanço dos povos da Ásia Central (tártaro-mongóis), os germanos migraram maciçamente para dentro do território romano.

Por volta de 406 d.C. iniciaram os grandes movimentos militares contra o império e, em 410 d.C., Roma foi invadida por Alarico, rei dos visigodos, e várias outras invasões se sucederam até o desaparecimento completo do império em 565 d.C., com a morte de Justiniano.

De acordo com Zaffaroni e Pierangeli (2004, p. 184), o predomínio dos povos germanos deu-se nos séculos V a XI, ou seja, durante quase todo o período da Alta Idade Média.

O direito germano era simples e menos sofisticado em comparação ao romano. As premissas lógicas guardavam características próprias (conceito de verdade processual), resultando em uma distinta instrução probatória.

Prevalencia nessa cultura a idéia do direito como “uma maneira regulamentada de fazer a guerra” (FOUCAULT, 2005, p. 57).

A justiça era administrada por um conselho popular formado por homens livres (*o mallum*), presidido pelo chefe da tribo, a quem incumbia o julgamento dos casos e crimes graves, bem como por um conselho formado pelos mais velhos e mais consideráveis (*seniores, boni homines*), encarregados de julgar os casos menores (ALMEIDA Jr., 1911, p. 47).

Cabia-lhe não decidir a questão, mas apenas atentar para a regularidade do procedimento, consoante ensinamento de Foucault (2005, p. 65):

Na Alta Idade Média não havia poder judiciário. A liquidação era feita entre indivíduos. Pedia-se ao mais poderoso ou àquele que exercia a soberania não que fizesse justiça, mas que constatasse, **em função de seus poderes**

²² Alarico, rei visigodo, ante de invadir Roma, era um oficial superior do exército romano, *magister militum* (MAIOR, 1978, p. 214).

políticos, mágicos e religiosos, a regularidade do procedimento.
(grifou-se)

A ação penal era absolutamente privada, ou seja, cabia exclusivamente ao ofendido o encargo da acusação. Ensina Romeiro (1949, p. 53) que apenas nos casos de crimes considerados perturbadores da paz social, em que o ofendido ou parente não tomasse a iniciativa, o encargo poderia ser atribuído a qualquer membro da tribo. Foucault exemplifica tais casos com o homossexualismo e a traição (2005, p. 56).

O processo penal sustentava-se na existência de um dano, próprio ou de um membro da família.

No caso de crimes menos graves e de conseqüências somente individuais, as partes poderiam transacionar. Assim, os contendores, de comum acordo, recorriam a um árbitro, a quem cabia a determinação de uma soma em dinheiro em favor da parte lesada, denominada resgate (*wehrgeld*, *widrigeld*)²³. O não pagamento implicava na possibilidade do ofendido declarar o duelo (*faida* ou guerra) contra o ofensor, além deste ser considerado perturbador da paz pública (*freda*) (ALMEIDA Jr., 1911, p. 47) e então sujeito à vingança.

A instrução probatória se desenvolvia mediante uma audiência pública, oral e formal, que começava sempre com um ritual religioso suplicando a proteção divina (RAMOS, 1996, p. 58).

Cuida-se de procedimento singelo, sem inquérito (FOUCAULT, 2005, p. 55), cujos meios probatórios consistiam em testemunhas, no juramento e ordálios.

Deve-se advertir que o real objetivo da instrução probatória ou sistema de provas do direito germânico não era o de apurar a verdade dos acontecimentos, como nos moldes hoje conhecidos: o que importava não era a verdade, mas a “força, o peso, a importância de quem dizia” (FOUCAULT, 2005, p. 59).

Por ocasião do interrogatório, o acusado prestava juramento e, caso confessasse, a disputa dava-se por encerrada e uma sentença condenatória era proferida (BARROS, 2002, p. 60).

²³ Almeida Jr. (1911, p. 47) esclarece que: “o *wehrgeld* era a somma em dinheiro ou multa da reparação da ofensa; o *widrigeld* era a somma em dinheiro para indemnização dos prejuizos e danos, além da restituição da cousa, sempre que possível fosse. No *wehrgeld*, a somma era calculada, não só pela lesão corporal, como pela qualidade do ofendido. O culpado que não pagasse o *wehrgeld* ou o *widrigeld* era excluído da sociedade *bannum*”.

Não confessando, procedia-se à oitiva das testemunhas que presenciaram os fatos; caso isso não fosse possível, oportunizava-se o juramento; sendo-lhe desfavorável, passava-se aos ordálios (ALMEIDA Jr., 1911, p. 48).

Em verdade, o juramento era mais uma das aplicações de um instituto religioso dentro do processo penal bárbaro. O acusado ao jurar invocava contra si, no caso de fazê-lo em desacordo com os fatos, a ira de Deus.

Juntamente com o acusado também poderiam participar do juramento, na condição de conjurante ou compurgantes, a família e pessoas que representavam a comunidade (MITTERMAIER, 1979, p. 29).

Pretendia-se com esse recurso demonstrar não a verdade, a inocência do acusado, porém a “solidariedade que um determinado indivíduo poderia obter, seu peso, sua influência, a importância do grupo a que pertencia e das pessoas prontas a apoiá-lo em uma batalha ou em um conflito” (FOUCAULT, 2005, p. 59).

Almeida (1973, p. 48) esclarece que com o tempo o uso do juramento tornou-se banalizado, apesar das conseqüências previstas para o caso de comprovação do seu uso indevido, por exemplo, a amputação das mãos (RAMOS, 1996, p. 59); motivo pelo qual os ordálios foram cada vez mais explorados.

Os ordálios, que significam decisão, sentença ou juízos divinos, *Urtheil* em alemão (RISTORI, 2007, p. 26) ou *ordel* do inglês antigo ou *ordalium* do latim²⁴, pautavam-se na concepção de que a revelação da verdade adviria por meio da interseção da vontade divina.

Acreditava-se que “Deus, sendo infinitamente justo, não permitiria que da luta ou do combate travado entre os litigantes saísse vencedor aquele que pleiteava uma pretensão infundada e injusta e vencido aquele de cujo lado estavam o direito e a razão” (Almeida, 1973, p. 48-49).

Daí a razão de ser da principal característica desse procedimento: a igualdade formal entre os litigantes.

Outra característica é de que podiam ser unilaterais ou bilaterais.

Com relação aos primeiros, Malatesta (2005, p. 263) aponta dois exemplos, vejamos:

Obrigava-se, por exemplo, o acusado a colocar sua mão em contato com um ferro incandescente ou mergulhá-la em água fervente; aquela mão era,

²⁴ Ver etimologia em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Ord%C3%A1lia>>. Acesso em: 23 abr. 2008.

em seguida, colocada num pequeno saco e fechado. Se depois de três dias, descobrindo-se a mão, houvesse vestígios de queimadura, o acusado seria imediatamente declarado culpado; se a mão se achasse ilesa, era declarado inocente.

... quando um homem tivesse sido assassinado e desconhecia-se o assassino, obrigava-se a quem fosse suspeito a apresentar-se para tocar no corpo da vítima, exposto no esquife. Se, ao contato de um homem, o cadáver deixasse cair uma gota de sangue, aquele homem seria culpado pela prova incontestável do esquife...

E Foucault (2005, p. 60) fornece mais alguns exemplos também curiosos:

... na época do Império Carolíngio, havia uma prova célebre imposta a quem fosse acusado de assassinato, em certas regiões do norte da França. O acusado devia andar sobre ferro em brasa e, dois dias depois, se ainda tivesse cicatrizes, perdia o processo. Havia ainda outras provas como o ordálio da água, que consistia em amarrar a mão direita ao pé esquerdo de uma pessoa e atirá-la na água. Se ela não se afogasse, perdia o processo, porque a própria água não a recebia bem e, se ela se afogasse, teria ganho o processo visto que a água não a teria rejeitado.

Os ordálios bilaterais compreendiam os duelos ou combates judiciários e o julgamento da cruz. Na primeira modalidade os contendores, pessoalmente ou representados por terceiros, travavam lutas corporais até que um fosse declarado o vencedor. Na segunda, os contendores, diante de uma cruz, levantavam os braços imitando-a; aquele que primeiro deixasse os braços cair ao longo do corpo perdia a disputa.

No entanto, os ordálios não foram criação dos povos germânicos, na verdade guardam suas raízes em culturas muito mais antigas. De fato, o ordálio da água, acima descrito por Foucault, já constava no Código de Hamurabi (século XVIII a.C.), consoante lição de Ramos (1996, p. 60) e confirmada pela seguinte transcrição:

2º - Se alguém avança uma imputação de sortilégio contra um outro e não a pode provar e aquele contra o qual a imputação de sortilégio foi feita, vai ao rio, salta no rio, se o rio o traga, aquele que acusou deverá receber em posse à sua casa. Mas, se o rio o demonstra inocente e ele fica ileso, aquele que avançou a imputação deverá ser morto, aquele que saltou no rio deverá receber em posse a casa do seu acusador.²⁵

Tal concepção quanto à elaboração do meio probatório em Juízo chegou até os povos germanos em razão da influência da filosofia grega, que a encontraram impregnada nos povos conquistados (RAMOS, 1996, p. 52).

²⁵ Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/hamurabi.htm>>. Acesso em 22 abr. 2008.

Ao conjunto probatório germânico se denomina sistema das provas irracionais em contraposição ao sistema racional romano.

Pelo acima consignado, conclui-se que o princípio *nemo tenetur se detegere* não foi conhecido pelos povos germânicos.

3.6 Direito Canônico

O Cristianismo, como é sabido, surgiu durante o domínio do império romano e sofreu terríveis perseguições após o ano 64 d.C., por iniciativa de Nero, que atribuiu a autoria do incêndio da capital Roma aos seguidores da nova religião. Os imperadores Trajano, Marco Aurélio, Décio, Valeriano e Diocleciano também empreenderam perseguições.

Não obstante as dificuldades, a religião cada vez mais atraía uma grande massa de convertidos, inclusive cidadãos que integravam a elite, a ponto de em 313 d.C. Constantino, por meio do Édito de Milão, reconhecer o Cristianismo como uma das religiões do Império e, conseqüentemente, conceder a liberdade de culto.

Alguns anos mais tarde, em 379 d.C., Teodósio I oficializa o Cristianismo como única religião romana.

Com a liberdade de culto, a Igreja pôde adquirir e receber doações de bens e iniciou sua estruturação. Ensina MAIOR (1978, p. 251) que a organização baseava-se na hierarquia e o papa, reputando-se sucessor do apóstolo Pedro, ocupava a máxima representação; os demais cargos eram ocupados por arcebispos, bispos e párocos.

Apesar do fim do império romano a igreja permaneceu, na medida em que os invasores paulatinamente converteram-se à sua doutrina, em cujo seio se elaborou uma legislação especial: o denominado direito canônico.

Romeiro esclarece que o propósito era o de “manter nos ministros da Igreja a rigidez dos costumes e combater energicamente o cisma e a heresia”, bem como “impedir o escândalo”. Por se tratar inicialmente de um processo disciplinar, possuía como características a tramitação sob o pálio do segredo e a forma inquisitiva (1949, p. 54).

Logo, o processo canônico nasceu com o propósito de ser aplicado apenas aos clérigos; entretanto, a competência se alargou e passou a compreender o

juízo de todas as causas de natureza religiosa, tais como a heresia e feitiçaria, por atos praticados por terceiros²⁶.

Por volta do século V os clérigos passaram a possuir foro privilegiado para o julgamento de causas penais e cíveis, ou seja, apenas poderiam ser julgados pelas autoridades da própria igreja, salvo raras exceções (RISTORI, 2007, p. 31).

A competência dos tribunais eclesiásticos ainda foi aumentada, em concorrência com os tribunais leigos, passando a compreender também delitos praticados que “atentassem ao mesmo tempo contra a ordem divina e a humana” (FRAGOSO, 1994, p. 33); por exemplo: usura e adultério.

O fortalecimento do poder religioso decorreu de dois fatores: um de ordem ideológica e outro econômico. Predominava nesse período a concepção de que todo poder temporal provinha de Deus. Assim, o Estado deveria estar submetido à interferência da Igreja. Ademais, a igreja se tornou uma das maiores proprietárias de terras, implicando num proporcional poder no sistema feudal então vigente.

Após os diversos movimentos de divisão do Cristianismo, ocorridos no século XI (grande cisma: cisão entre a Igreja Católica e Ortodoxa) e XVI (reformas protestantes), o Direito Canônico atualmente se restringe à legislação aplicável pela Igreja Católica Apostólica Romana.

Suas fontes são a Bíblia, as decretais dos papas e resoluções ou cânones²⁷ dos concílios (COUCEIRO, 2004, p. 42), estes consistentes em reuniões entre os líderes e intelectuais da instituição para tratar de temas ligados à sua doutrina.

A Idade Média foi intensamente influenciada pela Igreja Católica, a qual foi, nos dizeres do historiador MAIOR, a “alma da sociedade feudal” (1978, p. 251). Além do “poder espiritual” sobre o povo, detinha o domínio da cultura, mediante a escrita e leitura, cujo trabalho resultou na preservação e transmissão do pensamento pretérito às gerações futuras.

No tocante ao processo penal não foi diferente.

Em um primeiro momento, nos delitos praticados por terceiros, o processo se caracterizava como acusatório, pois o acusado recebia por escrito uma exposição das acusações contra si intentadas, bem como poderia apresentar sua defesa e as provas que julgasse cabíveis para provar sua inocência (RISTORI, 2007, p. 31).

²⁶ Nesse sentido Fragoso (1994, p. 32) e Bittencourt (2000, p. 27).

²⁷ A palavra cânion vem do grego, significando regra.

Por tal motivo, o julgamento das causas pela igreja era preferido pela população em detrimento daquele levado a efeito pelo poder temporal, ainda consistente nos ordálios, que, como acima discorrido, prevalecia uma natureza de jogo e disputa (MAIOR, 1978, p. 252).

Essa situação modifica-se, todavia, a partir do século XII, em razão da iniciativa do papa Gregório IX em combater os hereges, considerados todos aqueles que se opunham aos dogmas da igreja.

Parte dessa situação deve-se à tradução das obras de Aristóteles, realizada pela escola de Toledo, na segunda metade do século XII. Matos (1996, p. 7) esclarece que:

O efeito causado pelas obras de Aristóteles foi extremamente perturbador. O mais importante fator dos conflitos entre os admiradores do estagirita e dos defensores da fé residia no fato de a doutrina aristotélica apresentar, à primeira vista, um conteúdo muito distinto da concepção cristã do mundo. Na física aristotélica o mundo é eterno e incriado. Deus é o motor imóvel do universo, o 'pensamento que se pensa a si mesmo' e nada cria, movendo o mundo como causa final, sem conhecê-lo, 'como o amado atrai o amante'. Por sua vez, a alma não é mais do que forma do corpo organizado, devendo nascer e morrer como ele sem ter nenhuma destinação sobrenatural. Assim, a filosofia aristotélica ignorava totalmente as noções de Deus criador e providente, bem como as de alma imortal, queda e redenção do homem, todas fundamentais à doutrina cristã.

Muitos foram os adeptos a essa nova forma de compreensão do mundo e por conta disso, em 1211, o concílio de Paris proibiu o ensino de Aristóteles. Como a medida não surtiu efeitos, consentiu-se que a filosofia aristotélica fosse propagada, desde que eliminadas as idéias contrárias à fé católica (MATOS, 1996, p. 7).²⁸

Contudo, em 1.183-4, foram lançadas, por Gregório IX, as bases do que mais tarde se tornaria uma das grandes máculas da história humana: a inquisição. Nesse ano, no concílio de Verona, criou-se a obrigação dos bispos visitarem as paróquias, duas vezes ao ano, para investigar e julgar casos envolvendo heresias.

De grandes conseqüências para o processo penal, o IV Concílio de Latrão, realizado sob o pontificado de Inocêncio III, em 1215, estabeleceu novas regras.

Dos diversos documentos resultantes desse Concílio, Almeida Jr. (1911, p. 72) destaca, por sua importância, os cânones *Quoniam* e *Qualiter*. Estabeleceu o primeiro a obrigatoriedade do processo escrito e, de acordo com o segundo, o

²⁸ A harmonização entre fé e razão, filosofia e teologia, se deu por obra de Tomás de Aquino (1225 – 1274).

processo assume feições inquisitórias, nos moldes do processo romano da *cognitio extraordinem*.

Com efeito, a partir de então o representante da igreja poderia dar início a um processo por sua própria vontade (*ex officio*), apurar pessoalmente os fatos e efetuar o levantamento das provas: surge o inquérito como instrumento adequado a essa tarefa.

De capital importância também a abolição da prática dos ordálios (HADDAD, 2005, p. 107) e, por conseqüência, o estabelecimento de uma nova sistemática quanto às provas: a denominada teoria das provas legais ou tarifada, que eleva a confissão ao status de prova máxima.

Outrossim, tornou-se obrigatório o juramento de dizer a verdade (*veritate dicenda*) por ocasião do interrogatório (COUCEIRO, 2004, p. 43)²⁹.

Boff afirma que a:

Inquisição propriamente surgiu quando em 1232 o imperador Frederico II lançou editos de perseguição aos hereges em todo o Império pelo receio de divisões internas. O Papa Gregório IX, temendo as ambições político-religiosas do imperador, reivindicou para si essa tarefa e instituiu inquisidores papais. Estes foram recrutados entre os membros da ordem dos dominicanos (a partir de 1233), seja por sua rigorosa formação teológica (eram tomistas), seja também pelo fato de serem mendicantes e por isso presumivelmente desapegados de interesses mundanos (2008, p. 3)³⁰.

O documento oficial que marca a criação oficial da inquisição foi publicado em 1233, a denominada bula *Licet ad capiend*³¹

Inocêncio IV, em 1252, por meio da *Lex ad extirpanda* autorizou o emprego da tortura para a obtenção da “verdade” (BARROS, 2002, p. 64). E, em 1298, Bonifácio VIII, por meio do Cânone *Statuta quaedam*, determinou que a tramitação do processo se desse sob segredo e pelo rito sumário. A violação do segredo implicaria na excomunhão (ALMEIDA Jr., p. 1911, 73).

No século XV foi institucionalizado o Tribunal da Inquisição ou Santo Ofício (ALMEIDA Jr., 1991, p. 76).

²⁹ Abolido em 1725 pelo Concílio de Roma.

³⁰ Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/dados/livros/memoria/mundo/inquisidor/prefacio.html>>. Acesso em: 08 abr. 2008.

³¹ Goulart (2002, 26), todavia, afirma que o marco inicial da Inquisição se deu em 1229, por ocasião da publicação das Resoluções de Tolosa, por Gregório IX.

Assim, completou-se a reforma do processo penal canônico e a implantação do sistema inquisitório, que ganhou corpo nas legislações dos Estados, a partir do século XVI e se consolida nos séculos XVII e XVIII, ao se prestar à política dos estados absolutistas (DIAS, 1984, p. 63).

Em Portugal foi incorporada à legislação em 1325, no governo de D. Afonso IV, que promulga a “Leis das Inquirições Devassas”. Na Alemanha se deu em 1532, com a *Constitutio Criminalis Carolina* (DIAS, 1984, p. 63-64).

3.6.1 Das características do sistema inquisitório

Uma vez recuperado os principais eventos históricos ligados à sua implantação, cabe ressaltar que o novo sistema de processo penal refletia os interesses das classes então dominantes pela centralização do poder: igreja e monarcas.

Conscientemente optou-se que o sistema assumisse o perfil delineado, cujas características merecem análise.

O sistema de provas legais, também denominado sistema romano-canônico de provas legais (RAMOS, 1996, p. 67), e qualificado de racional, consistia no tabelamento e classificação das diversas provas possíveis de serem apresentadas em Juízo e o valor que às mesmas, isoladas ou em conjunto, seria atribuído pelo magistrado. Sua adoção era uma clara reação contra os ordálios, sistema considerado irracional.

Na verdade, ensina Gomes Filho (1997, p. 20-21), o que se intentava era a modificação dos costumes herdados do direito germânico e retirar das mãos dos senhores feudais (chefes de tribos, conselho de anciães, etc) a possibilidade de administração da justiça e concentrá-la nas mãos das classes dominantes.

De acordo com esse sistema, as provas eram divididas em plenas, semi-plenas e indícios (FOUCAULT, 2005, p. 33). Consideravam-se provas plenas o duplo testemunho e os atos escritos por instrumento público. As provas semi-plenas eram o testemunho de uma única pessoa e os documentos particulares. Constituíam-se em indícios a inimizade com a vítima, o empunhar da arma com sangue, ameaças e boatos (RAMOS, 1996, p. 68).

Gomes Filho afirma que essa técnica não provinha da legislação, porém do trabalho doutrinário (1997, p. 23).

A confissão, caso confirmada “espontaneamente” em Juízo e realizada após alguns dias da realização dos tormentos, era considerada uma prova de grande peso, na verdade um indício, mas que necessitava de outros elementos probatórios para embasar uma condenação, que poderiam ser outros pequenos indícios para ser confirmada (FOUCAULT, 2005, p. 34). Na hipótese de haver retratação, que era possível, o acusado era novamente levado aos tormentos, por no máximo três vezes, é o que ensina Ramos (1996, p. 68).

Lembra Foucault (2005, p. 33) que as provas plenas poderiam levar a qualquer condenação; as semi-plenas a penas físicas infamantes, mas não a morte; os indícios autorizavam considerar a pessoa suspeita e a se empregar uma “investigação mais profunda” (tortura).

O simbolismo do juramento, numa época impregnada de devoção, obrigatoriamente prestado antes do interrogatório, era de grande efeito, pois consistia em obrigar o acusado a falar a verdade mesmo contra sua vontade, pois se mentisse, além das conseqüências apuradas no inquérito (perjúrio), na vida após a morte deveria prestar conta desse pecado ante Deus.³²

Logo, o indivíduo era obrigado a trair a si mesmo, a sua liberdade de consciência e auto-determinação, cooperando para sua própria incriminação e condenação.

Caso o espírito em um primeiro momento resistisse, a tortura era o elemento final que obrigava o “corpo a falar” (FOUCAULT, 2005, p. 36). A dor física e a angústia de seções intermináveis, metodicamente estudadas para prolongar o maior tempo possível o sofrimento, era a forma encontrada (e até hoje usada) para fazer surgir não a verdade, mas aquela formada no convencimento do torturador e que se queria demonstrar no inquérito.

Outra característica desse sistema instituído era o segredo. Explica Gomes Filho (1997, p. 21) que a forma secreta era um modo de evitar a difusão de idéias heréticas e contestadoras do poder, além do que permitia uma busca ilimitada da verdade.

A isso Foucault (2005, p. 32) acrescenta que se tratava de uma demonstração de força e exclusividade quanto à possibilidade de se declarar a verdade no

³² Hobbes, referindo-se ao juramento, afirmou na obra *Leviatã*, que “aquele que promete exprime que, caso não a cumpra, renuncia à graça de Deus, ou pede que sobre si mesmo recaia sua vingança” (1999, p. 120).

processo criminal. Além do que afastava “o medo dos tumultos, das gritarias e aclamações que o povo normalmente faz, o medo de que houvesse desordem, violência e impetuosidade contra as partes talvez até mesmo contra os juízes.” (AYRAULT, 1576, *apud* FOUCAULT, 2005, p. 33).

Os ordálios e a tortura medieval, apesar dos métodos diversos, possuíam a mesma natureza. De fato, o jogo, o duelo, presente na primeira, também se faziam na segunda e constituía sua essência, na medida em que, se o acusado resistisse aos tormentos e não confessasse, ganharia, em alguns casos sua inocência (COUCEIRO, 2004, p. 45), em outros de não ser condenado à pena capital.

O grande mestre francês, de maneira singular, retrata esse período na história de seu país:

Na França, como na maior parte dos países europeus – com a notável exceção da Inglaterra – todo o processo criminal, até a sentença, permanecia secreto: ou seja, opaco não só para o público mas para o próprio acusado. O processo se desenrolava sem ele, ou pelo menos sem que ele pudesse conhecer a acusação, as imputações, os depoimentos, as provas. Na ordem da justiça criminal, o saber era privilégio absoluto da acusação. “O mais diligente e o mais secretamente que se puder fazer”, dizia, a respeito da instrução, o edito de 1498. De acordo com a ordenação de 1670, que resumia, e em alguns pontos reforçava, a severidade da época precedente, era impossível ao acusado ter acesso às peças do processo, impossível conhecer a identidade dos denunciadores, impossível saber o sentido dos depoimentos antes de recusar as testemunhas, impossível fazer valer, até os últimos momentos do processo, os fatos justificativos, impossível ter um advogado, seja para verificar a regularidade do processo, seja para participar da defesa. Por seu lado, o magistrado tinha o direito de receber denúncias anônimas, de esconder do acusado a natureza da causa, de interrogá-lo de maneira capciosa, de usar insinuações. Ele constituía, sozinho e com pleno poder, uma verdade com a qual investia o acusado; e essa verdade, os juízes a recebiam prontas, sob a forma de peças e de relatórios escritos; para eles, esses documentos sozinhos comprovava; só encontravam o acusado uma vez para interrogá-lo antes de dar a sentença (FOUCAULT, 2005, p. 32).

3.6.2 Do interrogatório no direito canônico e o princípio *nemo tenetur se detegere*

O interrogatório constituía o momento central no processo penal do direito canônico, para o qual todos os esforços se voltavam.

Como visto, os institutos da tortura e juramento foram os métodos desenvolvidos para trazer ao processo “a verdade”.

Dessa forma, após o século XI, o interrogatório adquire evidente natureza de meio de prova (RISTORI, 2007, p. 32), até porque o acusado, muitas vezes, sequer tinha conhecimento dos motivos pelos quais estava sendo acusado.

Silenciar ou recusar a prestar juramento era o mesmo que admitir expressamente a culpa (COUCEIRO, 2004, p. 45), tal como formulada.

Estaria a origem do princípio *nemo tenetur se detegere* localizada nesse sistema processual penal do direito canônico?

Parte da doutrina³³, amparada nas lições de Richard H. Helmholz e Leonard W. Levy, entende que sim, em razão do pensamento de João Crisóstomo (309-407 d.C.), chefe da igreja de Constantinopla, no século IV.

Como resultado de sua reflexão ao versículo 14, do capítulo 12, da carta aos Hebreus, escrita pelo apóstolo Paulo, que assim diz: “Segui a paz com todos e a santificação, sem a qual ninguém verá o Senhor.” (COUCEIRO, 2004, p. 43); conclui que: “I do not say to you that you should betray yourself in public nor accuse yourself before others, but that you obey the prophet when he said, ‘Reveal your ways unto the Lord’ (HELMHOLTZ, 1997, p. 26)³⁴.

Helmholtz (1997, p. 26) explica que:

Medieval commentators read these words as making a legal point: men and women must confess their sins to God, but they should not be compelled to make their crimes known to anyone else. The normal juristic technique of the *ius commune*, reading texts a *contrario sensu*, led to this conclusion. If Christians were being directed to reveal their sins to the Lord, by negative implication they were also being directed not to reveal their sins to other men.³⁵

Outra possível fonte do princípio *nemo tenetur se detegere* estaria no Cânone *cum causam*, elaborada por Inocêncio III, também no IV Concílio de Latrão, em 1215, que dizia “*Sed contra videtur quod non teneatur respondere quia nemo tenetur se detegere teneatur prodere re*” (COUCEIRO, 2004, p. 44).

³³ Moro (2006, p. 432), Couceiro (2004, p. 43).

³⁴ Tradução: “Eu não digo que vocês devem trair-se a si mesmos em público ou acusar a si mesmos perante outros, mas que vocês devem obedecer o profeta quando disse: revele seus atos perante Deus.” (MORO, 2006, p. 432)

³⁵ Tradução: “Comentaristas medievais leram essas palavras como estabelecendo um argumento jurídico: homens e mulheres devem confessar seus pecados a Deus, mas eles não devem ser compelidos a revelar seus crimes a mais ninguém. A técnica jurídica usual do *ius commune*, lendo textos a *contrario sensu*, levava a essa conclusão. Se os cristãos estavam sendo comandados a revelar seus pecados a Deus, como conclusão contrária eles estavam sendo comandados a não revelar seus pecados aos homens” (MORO, 2006, p. 432).

Em que pese a opinião dos estudiosos³⁶, conclui-se que o princípio em estudo em nenhum momento teve condições propícias para brotar no sistema inquisitório da idade média, quer pela tortura, quer pela obrigação de dizer a verdade por meio do juramento.

O indivíduo não possuía garantias processuais para preservar sua livre consciência e integridade física, resumindo sua participação no processo a uma mera submissão às iniciativas investigatórias dos juízes. E se tinha, como é o caso do Cânome *Cum causam*, seus efeitos eram tornados nulos por meio da obrigação do juramento, prevista na *veritate dicenda*.³⁷

Assim como hoje se observa em muitas culturas, na idade média baixa a religião Cristã, voltada à busca da paz e da plena realização do ser humano, enquanto figura da imagem e semelhança de seu Criador, por meio da felicidade, saúde e espiritualidade, foi deturpada para servir a interesses temporais egoístas e funestos.

Contudo, em razão das grandes atrocidades cometidas, possibilitou-se uma profunda reflexão que prepararam os espíritos para várias conquistas na área dos direitos que foram ganhando forma no decorrer dos séculos seguintes, cujas características a seguir serão examinadas.

3.7 Do iluminismo

Por volta da metade do século XVIII, também conhecido por século das luzes, o sistema penal foi alvo de uma profunda e poderosa crítica por pensadores como Voltaire, Montesquieu, Rousseau, Beccaria, Howard e Bentham, os quais defenderam a liberdade do indivíduo e os princípios da dignidade humana (BITENCOURT, 2000, p. 32).

Conforme ensina FRAGOSO (1994, p. 41):

As idéias básicas do Iluminismo em matéria de justiça penal são as da proteção da liberdade individual contra o arbítrio judiciário; a abolição da tortura; abolição da pena de morte e a acentuação do fim estatal da pena, com o afastamento das exigências formuladas pela igreja ou devidas puramente à moral, fundadas no princípio da retribuição.

³⁶ Tucci (2004, p. 363) visualiza nesse período o desenvolvimento embrionário do princípio.

³⁷ Nesse sentido Queijo (2003, p. 7) e Haddad (2005, p. 107).

Mas o que levou os reformadores a combaterem o excesso dos castigos?

Foucault (2005, p. 65) disserta que a criminalidade no século XVIII passa por uma transformação em suas bases, na medida em que se volta menos aos crimes de sangue e violência física e mais para os crimes contra o patrimônio.

Logo, ante a “suavização dos crimes”, a necessidade da reforma do direito e processo penal eram prementes.

Tal fenômeno, antes de tudo, foi uma decorrência da alteração da estrutura então estabelecida pelo novo dinamismo econômico.

De fato, o restabelecimento das cidades, do comércio, da acumulação de riquezas pela burguesia, o crescimento demográfico, trazem consigo uma revisão dos valores a serem protegidos pelo direito. Necessita-se que as leis assegurem maior segurança jurídica à propriedade.

O sistema das torturas, julgamentos secretos, dos suplícios públicos, não mais guardava relação com os novos tempos.

A conseqüência desse movimento deu origem ao denominado direito penal clássico, cujos princípios, como a legalidade, culpabilidade, proporcionalidade, pessoalidade, entre outros, constituem a base da concepção moderna.

Cesare Beccaria e Pietro Verri focalizaram os princípios do Iluminismo ao sistema penal e carcerário, do qual resultou numa ampla reflexão e combate ao sistema inquisitório, fazendo ressurgir o sistema acusatório, porém renovado.

Na obra *Dos delitos e das Penas*, publicada em 1764, Beccaria (2006, p. 37) afirma que:

É uma barbárie consagrada pelo uso na maioria dos governos aplicar a tortura a um acusado enquanto se faz o processo, seja para que ele confesse a autoria do crime, seja para esclarecer as contradições em que tenha caído, seja para descobrir os cúmplices ou outros crimes de que não é acusado (...)

Direi ainda que é monstruoso e absurdo exigir que um homem acuse-se a si mesmo, e procurar fazer nascer a verdade por meio dos tormentos, como se essa verdade estivesse nos músculos e nas fibras do infeliz!

Todavia, o mesmo Beccaria negava ao acusado a possibilidade de permanecer em silêncio diante do magistrado, na hipótese de não restar apurada com plena certeza a autoria do delito, ou seja, entendia que aquele deveria colaborar apresentado sua versão dos fatos, mesmo que negasse a imputação.

... aquele que teima em não responder ao interrogatório a que é submetido deve sofrer uma pena a ser estabelecida pelas leis.
É necessário que essa pena seja muito pesada; porque o silêncio de um criminoso, diante do juiz que o interroga, constitui um escândalo para a sociedade e uma ofensa para a justiça, o que se deve prevenir o mais possível (2006, p. 35).

Essa orientação foi seguida por ocasião da elaboração do Código Russo de 1767, pelo Código Penal Austríaco de 1803 e Código de Instrução Criminal prussiano de 1805 (FERRAJOLI, 2006, p. 625).

A verdade é que, a partir do pensamento de Beccaria e Verri, a tortura foi sendo gradativamente eliminada dos regimes estatais, como meio oficial da obtenção da “verdade”: na “Escócia em 1702, da Prússia em 1740 e 1754, da Rússia em 1768, da Suécia em 1772, da Áustria em 1776, da França em 1780 e da Suíça em 1798” (HADDAD, 2005, p. 104).

Dessa forma, com o enfraquecimento do poder da igreja católica e por contrariar o pensamento majoritário de uma nova época, a extinção dos Tribunais da Inquisição se deu gradativamente durante o século XIX.

Quanto à origem do princípio *nemo tenetur se detegere*, Ferrajoli (2006, p. 560) dá a entender que estaria no pensamento de Hobbes, porquanto na sua obra *Leviatã*, publicada na Inglaterra, em 1651, dizia que:

Um pacto no sentido de alguém se acusar a si mesmo, sem garantia de perdão, é, igualmente inválido (1999, p.120).
(...)
Se alguém for interrogado pelo soberano ou por autoridade, relativamente a um crime que cometeu, não é obrigado (a não ser que receba garantia de perdão) a confessá-lo, porque ninguém (...) pode ser obrigado por um pacto a recusar-se a si próprio (1999, p. 176).

Em que pese a autoridade do mestre italiano, verifica-se que Hobbes, também na obra *Leviatã*, não condenava o uso da tortura, pelo contrário, entendia que sua aplicação era válida no caminho da busca da verdade. Ponderava, apenas, que não poderia o testemunho dela resultante ser utilizado como única prova a embasar a condenação (HOBBS, 1999, p. 120).

Do contraste inconciliável do princípio *nemo tenetur se detegere* e a possibilidade do uso da tortura, não se pode atribuir ao mestre inglês tal mérito.

Uma nova visão do processo penal conjugada a um maior prestígio da dignidade humana, culminou no retorno e renovação dos debates acerca do sistema

acusatório nos países da Europa continental (*civil law*) e num ambiente favorável para o florescer do direito contra a auto-incriminação.

3.8 Direito Inglês

O Direito Inglês teve um desenvolvimento autônomo, pouco sofrendo a influência do direito da Europa continental e é o resultado de uma longa evolução sem rupturas (DAVID, 2002, p. 355), cujas características deram formação a um novo sistema de direito: a *commow law*.

Parte da doutrina considera sua posição geográfica como um dos fatores que contribuíram para tal situação, pois a Inglaterra, na verdade, é uma ilha separada do continente pelo canal da Mancha (RISTORI, 2007, p. 35; COUCEIRO, 2004, p. 64).

3.8.1 Contexto histórico

No século IX a Inglaterra foi invadida e dominada pelos Dinamarqueses (MAIOR, 1978, p. 222). Em 1042, Eduardo, o Confessor, que se refugiara com sua família na Normandia, lar de sua mãe, retorna à Inglaterra, onde é sagrado Rei e governa até 1066, quando falece.

Como não deixou herdeiros, o primo Guilherme, a quem Eduardo teria prometido o trono, invadiu a Inglaterra, reclamando o trono por herança.

Na batalha de Hastings, ocorrida em 14.10.1066, as tropas anglo-saxônico-dinamarquesas foram vencidas, e Guilherme sagrado rei na abadia de Westminster, em 25.12.1066 (MAIOR, 1978, p. 222)

De acordo com David (2002, p. 356-358), até então se vivia na Inglaterra uma época tribal e orientada por leis bárbaras anglo-saxônicas, bastante rudimentares.

Guilherme, com forte experiência administrativa, adquirida em seu ducado na França, estabeleceu o feudalismo na Inglaterra, porém não nos moldes encontrados nos países europeus, mas organizado num sistema que evitasse uma futura sublevação contra seu governo.

As principais medidas foram a distribuição das terras em pequenas áreas, a obrigação de lealdade ao rei, mediante juramento, e a nomeação de *sheriffs* para a administração dos *shires* (condados).

Ademais, não rompe com as leis em vigor, pelo contrário, proclama expressamente sua validade e continuidade.³⁸

3.8.2 Da Magna Carta e do sistema de provas

Ao final do reinado de Henrique II³⁹, da dinastia dos plantagenetas, neto de Guilherme I, cujo governo foi considerado bom, a Inglaterra passou por um período de crises políticas e econômicas (MAIOR, 1978, p. 233).

Seus filhos e sucessores do trono, Ricardo, Coração de Leão, e João, o Sem Terra⁴⁰, envolveram-se em guerras externas, que implicaram em extraordinários aumentos dos impostos (cruzadas no oriente e depois com a França), e disputas com a igreja quanto a aceitação da nomeação do Bispo de Canterbury.

O resultado foi um profundo descontentamento da nobreza e do clero, que se uniram e se fortaleceram, cujo ápice da reação se deu em 10.06.1215 com a tomada de Londres pelos nobres e a imposição armada da assinatura do documento denominado *Magna Charta Libertatum*.

Canotilho esclarece que esse documento tinha por finalidade “o estabelecimento de um *modus vivendi* entre o rei e os barões, que consistia fundamentalmente no reconhecimento de certos direitos de supremacia ao rei em troca de certos direitos de liberdade estamentais consagrados nas cartas de franquia” (2007, p. 382).

Logo, o que se intentava nesse momento era a limitação e a submissão do poder real à lei, motivo pelo qual esse documento é marco do Constitucionalismo Moderno.

Também representa a primeira de várias medidas⁴¹ que tornaram a Inglaterra o berço de uma nova concepção do Estado-Indivíduo, baseada não mais na supremacia do Estado, mas no tratamento do indivíduo como sujeito de “direitos naturais e inalienáveis” (DIAS, 1984, p. 64).

No âmbito processual de grande importância os artigos 48 e 49, *verbis*:

³⁸ Posteriormente, uma lei de 1290, proibiu a subenfeudação, a fim de que o dever de fidelidade sempre ao rei fosse dirigido.

³⁹ Século XII.

⁴⁰ Denominado de João Sem Terra, por ter sido o irmão mais novo da família e por isso não ter recebido terras de herança

⁴¹ Os demais, elencados por Canotilho (2007, p. 55), são a *Petition of Rights*, de 1628, o *Habeas Corpus Act*, de 1679, e o *Bill of Rights*, de 1689.

48. Nenhum homem livre será detido ou sujeito a prisão, ou privado dos seus bens, ou colocado fora da lei, ou exilado, ou de qualquer modo molestado, e nós não procederemos, nem mandaremos proceder contra ele, senão em julgamento regular pelos seus pares ou de harmonia com a lei da terra.

49. A ninguém venderemos, a ninguém recusaremos ou atrasaremos, direito ou justiça.⁴²

Em que pese o documento ter sido repudiado logo em seguida por João Sem Terra, o que desencadeou uma guerra civil, o documento encontrou espaço no mundo jurídico de sua época. Tanto que, no reinado de seu filho, Henrique III, o documento foi confirmado e republicado em 1225. No reinado seguinte, de Eduardo I, novamente e pela última vez a Carta Magna foi confirmada pelo Parlamento em 1297.

De grande importância para o direito de toda a Europa, logo com conseqüências para o direito inglês, também ocorrido no ano de 1215, são as conclusões derivadas do IV Concílio de Latrão.

A principal delas é a proibição da utilização dos ordálios (juízos divinos) como meio para o esclarecimento da verdade dentro do sistema probatório, que até aquele momento foi seguida por todos.

Tal orientação foi acatada pelos tribunais temporais e dá origem à dicotomia do sistema inquisitório e acusatório.

Na Europa continental, fortemente influenciada pelo poder católico, o sistema probatório foi substituído pelo sistema de provas legais⁴³ e seguiu o modelo inquisitório canônico-romano (DIAS, 1984, p. 62).

Por sua vez, na Inglaterra, em face do senso comum de que os julgamentos deveriam se realizar pela assembléia popular, não se seguiu o modelo continental e fez brotar a instituição do júri (HADDAD, 2005, p. 108), no qual se decidia de acordo com o conhecimento dos jurados acerca da lide (RAMOS, 1996, p. 86).

⁴² Disponível em <<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/magna.htm>>, acesso em 08.05.2008.

⁴³ Malatesta (2005, p. 47) comenta que o sistema das provas legais constituiu “um progresso histórico, porque substituíram as ordálias e os duelos judiciais, sistema probatório barbaramente taumatúrgico, atingido pelos anátemas do quarto Concílio Lateranense. Assim, se bem que o sistema do livre convencimento fosse historicamente mais antigo, no entanto, as provas legais, para o tempo em que floresceram, foram realmente um progresso, tão mais benéfico quando elas substituíram o processo inquisitorial, tornando-se, assim, um corretivo do arbítrio judicial, temido em tal forma de processo.”

A combinação do ideal liberal preconizado pela Magna Carta, do maior respeito à figura humana e a racionalização do sistema probatório com a abolição dos ordálios, seguido pela adoção do Júri, resulta no contexto propício ao surgimento do sistema acusatório.

Dessa forma, não é por outra razão que o mestre português Dias (1984, p. 66) afirmou que foi na Inglaterra que o processo acusatório “ganha o seu maior e vivaz florescimento”.

3.8.3 Da administração da Justiça

Logo após o início do reinado de Guilherme I, o Conquistador, a administração da justiça foi dividida em três esferas, a saber: os tribunais reais, localizadas em *Westminster*, aplicavam as normas comuns para toda a Inglaterra; os tribunais eclesiásticos se dedicavam às questões religiosas (criados após a conquista); e as *County Courts* ou *Hundred Courts*, constituídas por uma assembleias de homens livres, que aos poucos foram sendo substituídas por justiças senhoriais, aplicavam as normas locais.

Inicialmente os Tribunais Reais não conheciam de causas cuja competência pertencia às *County Courts* ou *Hundred Courts*, a fim de não se criar problemas políticos com os senhores feudais, e assim permaneceu até 1875 (DAVID, 2002, p. 361; RAMOS, 1996, p. 85).

No entanto, salienta David (2002, p. 361) que os tribunais reais deixaram de seguir essa orientação, na medida em que administração da justiça foi se revelando um negócio lucrativo, pois a solicitação da intervenção real implicava no pagamento de um taxa. Além disso, o fator decisivo partiu da iniciativa da população, que cada vez mais buscava a intervenção dos Tribunais Reais, pelos seguintes motivos:

Só os Tribunais Reais possuem meios efetivos para assegurar o comparecimento das testemunhas e para executar as suas decisões. Por outro lado, só o rei, com a Igreja, pode obrigar os seus súditos a prestar juramento; os Tribunais Reais puderam, por isto, modernizar o seu processo e submeter o julgamento dos litígios a um júri, enquanto outras jurisdições estavam condenadas a conservar um sistema arcaico de provas. (DAVID, 2002, p. 361)

Sendo assim, no final da Idade Média apenas aos Tribunais Reais incumbia a responsabilidade pela administração da justiça.

Antes dessa transição se completar, os Tribunais Reais foram se especializando e a criação de dois, especificamente, a *Court High Commission* e a *Star Chamber*, por suas práticas contrárias ao sentimento popular, políticos e religiosos, provocaram discussões e lutas em favor do privilégio contra a auto-incriminação.

No âmbito eclesiástico criou-se a *Court High Commission*, durante a Dinastia dos Tudors, com a finalidade de “suprimir dissensões entre as cortes de dioceses ordinárias” (QUEIJO, 2003, p. 13).

Nesse tribunal aplicava-se a *veritate dicenda*, ou seja, a obrigação de manifestar a verdade mediante juramento. Outrossim, aplicava-se o direito canônico e tinha o poder de determinar a prisão, multas e a punição corporal. Sua jurisdição abrangia todo o território inglês (COUCEIRO, 2004, p. 69).

Deve-se salientar, todavia, que a igreja católica na Inglaterra não alcançou o mesmo poder obtido no restante da Europa, prova disso é o fato da Inquisição nela não ter sido instalada. Isso porque, segundo Couceiro (2004, p. 63):

A ortodoxia religiosa, até finais do século XIV, era uma grande parede contra a necessidade da instauração de procedimentos inquisitoriais pela Igreja Católica. Assim, quando a heresia espalhou-se pela Inglaterra, o sistema acusatorial já estava bem estabelecido, sendo que o nacionalismo, o anticlericalismo e a fraqueza do Papado, protegeram-na da Inquisição.

Após a reforma protestante (século XVI) a obrigatoriedade do juramento como parte do rito processual da *Court High Commission* foi questionada perante as cortes do *commow low*.

Como as pessoas acusadas pela igreja, em sua maioria, eram pessoas ricas, o uso de recursos jurídicos era mais freqüente. A estratégia encontrada foi o uso do *writ* de proibição e o *habeas corpus*; pelo primeiro isentava-se o acusado da obrigação do juramento e pelo segundo impedia-se da igreja determinar a sua prisão (QUEIJO, 2003, p. 15). Entretanto, as perseguições e julgamentos persistiam.

De outro lado, no domínio temporal, o tribunal da *Star Chamber* (Câmara Estrelada) originariamente conhecia de casos envolvendo pessoas importantes que dificilmente seriam condenadas pelas instâncias inferiores. Assim, funcionava como um órgão de supervisão e também para o conhecimento de recursos.

A partir do século XVI, não obstante, começou a ser utilizado pela Monarquia como um meio de perseguição política contra seus adversários.

O processamento e julgamento dos feitos também seguiam a linha do direito canônico: processo escrito e sob sigilo, inexistência de acusação formal, interrogatório sujeito a juramento, impossibilidade de produção probatória pelo réu e inexistência de recurso.

O caso de John Liburny, ocorrido em 1637, marcou esse período.

Relata Suannes que Lilburny foi acusado de imprimir e importar livros considerados heréticos e sediosos. Preso, foi levado para o Tribunal da *Star Chamber*, onde se negou a prestar juramento, que era obrigatório. Por essa razão foi condenado, chicoteado perante a população e preso. O diálogo com seus acusadores merece registro:

Os juízes da Câmara estenderam-lhe a Bíblia, para que, antes de ser interrogado, jurasse sobre ela. “To what?”, indagou ele de modo insolente. “That you shall make true answer to all things that are asked of you”, esclareceram-lhe. “Must I do, Sir? but before I swear, I will know to what I must swear”, justificou ele com carradas de razão. Como alguém pode jurar que irá dizer a verdade se não sabe qual o conteúdo da pergunta? A resposta não poderia ser mais autoritária: “As soon as you have sworn, you shall, but not before”. Assim que jurar nós lhe diremos qual é a acusação. Diante de tal impasse, ele não deixou por menos: **“Eu não pretendo responder a mais nenhuma pergunta porque percebo a intenção de me interrogarem para me comprometerem”**, disse ele por fim a seus julgadores. (grifou-se, SUANNES, 2004, p. 340)

O emblemático caso provocou uma forte reação contra a atuação dos tribunais da *Star Chamber* e a *High Commission*. Alguns anos depois foi revisto pelo Parlamento, que absolveu Liburny e determinou o pagamento de uma indenização em seu favor.

O rei Carlos I, em novembro de 1640, enfraquecido após uma derrota na guerra contra os escoceses, convocou o Parlamento, já que há muito tempo fora dissolvido.

Em 1641, por ato do parlamento, determinou-se a extinção da *Star Chamber* e *High Commission* (DAVID, 2002, p. 374), e a proibição dos tribunais eclesiásticos imporem o juramento nos casos criminais (QUEIJO, 2003, p. 18).

Nesse mesmo ano, o privilégio contra a auto-incriminação foi preceituado formalmente na Inglaterra, ensina GRINOVER (1978, p. 103).

Formalmente porque o privilégio contra a auto-incriminação era compreendido de forma muito restrita (HADDAD, p. 110), pois significava apenas o direito de falar ou não nos Tribunais.

Toda a estrutura processual criminal instituída se assentava em meios de obrigar o acusado a se manifestar: era a denominada *accused speaks*.

Em primeiro lugar, pela expressa proibição da defesa ser formulada por advogados.

Como conseqüência, ao acusado cabia formulá-la e apresentá-la oralmente aos julgadores. Daí se infere que silenciar implicava em não se defender e a certeza de condenação.

Em segundo lugar, a produção de prova testemunhal em favor do acusado era desestimulada, na medida em que não havia como obrigar as testemunhas a comparecerem em Juízo e, quando compareciam, eram ouvidas sem juramento, a fim de diminuir o valor das suas afirmações (QUEIJO, 2003, p. 16).

Em terceiro lugar, a retratação do acusado no julgamento (*trial*) daquilo que disse ou mesmo acerca do seu silêncio na fase do inquérito (*pretrial*) era considerada em seu desfavor (QUEIJO, 2003, p. 17).

Por fim, em quarto lugar, o acusado, caso desejasse que uma possível pena de morte fosse comutada por uma de outra natureza, deveria sujeitar-se ao interrogatório e “ganhar a simpatia do júri” (QUEIJO, 2003, p. 17).

Haddad (2005, p. 111) esclarece que a lógica desse sistema consistia no fato do tribunal atuar, em tese, “como o patrono do réu, suprindo as deficiências da defesa”.

Como se pode observar, de fato o privilégio contra a auto-incriminação não vigorava, pois o que desejava era o acusado falar e não silenciar.

Deve-se, todavia, esclarecer que tais limitações se aplicavam tão-somente ao processo criminal. Nas causas cíveis a figura do advogado como representante das partes era permitida (HADDAD, 2005, p. 111).

O processo de mudança iniciou em 1696, no final do século XVII, com a edição do *Treason Act* (COUCEIRO, 2004, p. 71).

Por meio desse diploma legal, aos acusados de crimes de traição ao monarca (*treason*) asseguravam-se algumas garantias processuais inovadoras, tais como: o recebimento, 5 (cinco) dias antes do indiciamento, de cópia da acusação; a possibilidade do aconselhamento e representação em juízo por advogado; inquirir testemunhas; dirigir-se ao júri; ouvir testemunhas, intimá-las para comparecimento e o dever dessas prestarem juramento (QUEIJO, 2003, p. 18; HADDAD, 2005, p. 111).

A partir de 1730 as cortes judiciais foram estendendo essas garantias às demais categorias de delitos. Mudança que se concretizou apenas em 1836, quando o processo penal abandonou o modelo do sistema *accused speaks* para o *testing the prosecution*, onde prevalecia a presunção de inocência do acusado, o estabelecimento do ônus da prova para a acusação, a não condenação em razão de um conjunto probatório insuficiente e das regras de exclusão de determinadas provas (QUEIJO, 2003, p. 18).

Dessa forma, tem-se o estabelecimento do princípio *nemo tenetur se detegere* na Inglaterra, também denominado privilégio contra a auto-incriminação.

Mais tarde, os demais países Europeus e do mundo passaram a proceder modificações em seu estatutos jurídicos.

3.9 Direto Norte-Americano

Após várias iniciativas frustradas de colonização, empreendidas durante o século XVI, a América do Norte efetivamente passou a ter colônias no século XVII (RAMOS, 2006, p. 56).

Os povos que colonizaram a América do Norte não possuíam características comuns quanto a questões políticas; no entanto, boa parte consistia em perseguidos por questões religiosas e que deixaram a Europa em busca de lugares onde pudessem professar sua fé com liberdade (MAIOR, 1978, p. 340).

Em 1722 treze colônias estavam constituídas, a saber: Carolina do Norte, Carolina do Sul, Connecticut, Delaware, Geórgia, Maryland, Massachusets, New Hampshire, Nova Iorque, Nova Jérsei, Pensilvânia, Rhode Island e Virgínia (DAVID, 2002, p. 449).

De acordo com David (2002, p. 461), as colônias conduziam seus negócios de forma autônoma, “não tinham entre si, por assim dizer, nada de comum”, a não ser o relacionamento comum com a metrópole.

A partir de 1764 a Inglaterra, a fim de recuperar-se financeiramente da guerra dos sete anos, bem como se vingar do caso conhecido como *Bostom Tea Party*⁴⁴,

⁴⁴ Fantasiados de índios, os colonos tomaram navios ingleses no porto de Bostom e jogaram no mar toda a carga de chá.

editou leis⁴⁵ que revoltaram as colônias e as uniu, desencadeando um movimento separatista.

O primeiro confronto armado entre ingleses e colonos americanos ocorreu em Concord, em 1775.

No ano seguinte, as colônias se reuniram na 2ª Convenção da Filadélfia e declararam a independência em 04.07.1776; todavia, a guerra continuou até 1783, quando foi assinado o tratado de paz em Paris (MAIOR, 1978, p. 345).

Couceiro (2004, p. 74) esclarece que nesse ano várias colônias editaram suas Constituições, sendo que a primeira foi Virgínia em 12.06.1776. Nesse documento já se contemplava o princípio em estudo:

Artigo 10º - Em todos os processos pôr crimes capitais ou outros, todo indivíduo tem o direito de indagar da causa e da natureza da acusação que lhe é intentada, tem de ser acareado com os seus acusadores e com as testemunhas; de apresentar ou requerer a apresentação de testemunhas e de tudo que for a seu favor, de exigir processo rápido pôr um júri imparcial e de sua circunvizinhança, sem o consentimento unânime do qual ele não poderá ser declarado culpado. **Não pode ser forçado a produzir provas contra si próprio**; e nenhum indivíduo pode ser privado de sua liberdade, a não ser pôr um julgamento dos seus pares, em virtude da lei do país.⁴⁶ (grifou-se)

Pode-se inferir que tal fato decorre de toda a evolução experimentada pelo povo inglês e que a trouxeram para a América.

Alguns anos mais tarde, em 17.09.1787, foi publicada a Constituição Americana, que segundo Ramos é a primeira constituição escrita na história (2006, p. 60).

Observando a tradição do direito inglês, em 1791 foi publicada a carta de direitos da União (*Bill of Rights*), que consiste em dez emendas à Constituição.

Corwin (1986, p. 228) esclarece que com as emendas se buscou “acalmar os medos dos opositores moderados da Constituição em sua forma original”. Ademais, “foram propostas às legislaturas estaduais pelo Primeiro Congresso reunido sob a Constituição”.

⁴⁵ Lei do Açúcar, que proibiu a importação de rum e taxou excessivamente outros produtos; a Lei da Moeda, que impôs a circulação apenas da moeda inglesa na economia das colônias; a Lei do Aquartelamento, que obrigava os colonos a dar alojamento às tropas inglesas; e a Lei do Selo, que determinava a necessidade de todos os atos oficiais das colônias levarem um selo do governo inglês; Lei de Quebec, que concedia liberdade religiosa aos católicos do Canadá e amplia os limites territoriais de Quebec (RAMOS, 2006, p. 58; MAIOR, 1978, p. 344).

⁴⁶ Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/dec1776.htm>>. Acesso em: 12 mai. 2008.

A V Emenda, entre outros assuntos, tratou do privilégio contra a auto-incriminação, nos seguintes termos:

Ninguém será detido para responder por crime capital, ou outro crime infamante, salvo por denúncia ou acusação perante um Grande Júri, exceto em se tratando de casos que, em tempo de guerra ou de perigo público, ocorram nas forças de terra ou mar, ou na milícia, durante serviço ativo; ninguém poderá pelo mesmo crime ser duas vezes ameaçado em sua vida ou saúde; **nem ser obrigado em qualquer processo criminal a servir de testemunha contra si mesmo**; nem ser privado da vida, liberdade, ou bens, sem processo legal; nem a propriedade privada poderá ser expropriada para uso público, sem justa indenização.⁴⁷ (grifou-se)

Como observa Queijo (2003, p. 18), o privilégio contra a auto-incriminação se desenvolveu mais rapidamente nos Estados Unidos, pois em 1791 foi incorporado à sua Constituição, e no direito inglês, como acima discorrido, somente foi estendido a todos os casos criminais em 1836.

Em que pese em ambos os países vigorar no processo penal o sistema da *accused speaks*, no qual se estruturava na auto-incriminação dos acusados, nos Estados Unidos várias exceções se aplicavam quanto ao método de obtenção de uma confissão (QUEIJO, 2003, p. 19), ou seja, se tratava de um sistema menos rigoroso.

Ademais, a possibilidade dos advogados formularem a defesa técnica, que se deu em momento anterior ao da Inglaterra, foi decisiva nesse contexto⁴⁸.

3.10 Dos Diplomas de Natureza Internacional

Modernamente dois diplomas internacionais de proteção aos direitos humanos reconhecem o princípio contra a auto-incriminação:

1º) o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, proclamado pela Organização das Nações Unidas (ONU), de 16.12.1966, o artigo 14, n. 3, g, *verbis*:

3. Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, a, pelo menos, as seguintes garantias:
(...)

⁴⁷ Disponível em: <<http://www.embaixada-americana.org.br>>. Acesso em: 02 nov. 2006.

⁴⁸ Apesar do número reduzido de advogados nas colônias, sua atuação era aceita no Estado de Nova Iorque, em 1686, Pensilvânia, em 1701, e Virgínia, em 1735 (QUEIJO, 2003, p. 19).

g) de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada.⁴⁹

2º) a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, aprovada em 22.11.1969 pela Organização dos Estados Americanos (OEA), em São José da Costa Rica, artigo 8º, §2º, g, *verbis*:

Artigo 8º. Garantias Judiciais

2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

(...)

g) direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada.⁵⁰

Mais recentemente, em 17.07.1998, pelo Estatuto de Roma, criou-se o Tribunal Penal Internacional com o objetivo de punir os crimes que afetem a comunidade internacional, colocando em risco a paz, a segurança e o bem estar da sociedade, o qual expressamente também adotou o princípio contra a auto-incriminação, *verbis*:

Artigo 55 - Direitos das Pessoas no Decurso do Inquérito

1. No decurso de um inquérito aberto nos termos do presente Estatuto:

a) Nenhuma pessoa poderá ser obrigada a depor contra si própria ou a declarar-se culpada;

Assim, o princípio contra a auto-incriminação modernamente encontra-se consagrado em ordenamentos jurídicos nacionais e internacionais, afastando “as presunções e indícios desfavoráveis à defesa e acrescentou ao interrogatório maiores características defensivas, porque não há mais o ônus, nem o dever de o preso ou o acusado fornecerem elementos de prova que o prejudique” (HADDAD, 2005, p. 125).

⁴⁹ Disponível em: <http://www.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/pacto_dir_politicos.htm>. Acesso em: 04 nov. 2006.

⁵⁰ Disponível em: <http://www.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/conv_americana_dir_humanos.htm>. Acesso em: 04 nov. 2006.

4 DO CONCEITO DE VERDADE NO PROCESSO PENAL E SUA RELAÇÃO COM O PRINCÍPIO *NEMO TENETUR SE DETEGERE*

Verdade: o que é verdade?⁵¹

Na tentativa de resolver essa indagação, aparentemente singela, porém de grande complexidade, gerações de filósofos e estudiosos construíram inúmeras teorias, cuja análise, além de requerer formação específica, constitui tema de um trabalho autônomo; apenas para mencionar alguns, cita-se: Aristóteles, Santo Agostinho, Tomás de Aquino, Hegel, Leibniz, Heidegger e Tarski.⁵²

Certamente que tal problema, ainda não resolvido, em que pese os esforços realizados nesse sentido, inquietará o ser humano durante toda sua vida, pois, ao lado do seu instinto de sobrevivência, a verdade impele-o à constante superação do seu conhecimento e, logo, para o esclarecimento da razão da sua existência.

Afastando-se do campo da filosofia, a questão adquire contornos próprios e não menos fundamental para todos aqueles que se deparam com a busca da verdade no âmbito jurídico, principalmente, o magistrado.

Com efeito, a decisão judicial necessariamente implica num procedimento cognitivo de reconstrução dos fatos deduzidos pelas partes nos autos, o que se dá por meio das provas.

Pelo senso comum a verdade que emergirá do processo, entendida como a adequação do conhecimento com os fatos (HEIDEGGER, 1999, p. 156), será (ou deve ser) absolutamente idêntica à realidade.

Mas esse conceito de verdade efetivamente se identifica com aquela que se alcança na prática judicial?

Carnelutti (1998, p. 606) admitiu que a verdade absoluta, aquela exatamente fiel à realidade, “jamais pode ser alcançada pelo homem”, quer pelo processo, quer por qualquer outro modo.

Explica o mestre que o conhecimento humano é sempre parcial, limitado-se às partes, segmentos, daquilo que é objeto de observação e estudo; a verdade, porém, é muito mais ampla e corresponde não só às partes, mas ao todo.

⁵¹ No Evangelho de João, capítulo 18, versículos 37-38, registrou-se que Pilatos perguntou a Jesus Cristo acerca do que seria a verdade; não sabia ele que estava diante dela, pois no mesmo livro, em outra passagem, está escrito: “Eu sou o caminho, e a verdade e a vida. Ninguém vem ao Pai, senão por mim” (capítulo 14, versículo 6).

⁵² Dentre as várias teorias da verdade destacam-se quatro, a saber: a pragmática, a da redundância, a coerencial e a correspondencial (COSTA, 2002, p. 228).

E o exame do todo, como verdade pura, pertence tão-somente a Deus (ARAÚJO, 2007, p. 44).

Dessa forma, o conceito de verdade acessível ao homem será sempre relativa e, ainda assim, sofrerá variações numa dada cultura e época, refletindo seus valores e sentimentos (QUEIJO, 2003, p. 29).

Como resultado do engenho humano, o processo reflete sua falibilidade e dele se extrai apenas uma verdade relativa, ou melhor, é uma verdade aproximativa da realidade.

No processo penal, especificamente, a noção de verdade consiste na reconstrução histórica dos fatos, a fim de se constatar ou não a ocorrência dos mesmos em um dado momento e lugar (MITTERMAIER, 1979, p. 72).

Em que pese o reconhecimento da relatividade de sua essência, não se pode desprezar a busca da verdade absoluta como um ideal.

Ora, se o processo é o meio apto para se aplicar o direito e, conseqüentemente, a justiça, somente se logrará tal intento se buscada a verdade absoluta. É o que ensina Barros (2002, p. 22):

não se pode falar em efetiva produção da justiça sem que se descortine a verdade. Esta é elemento essencial da justiça. Ambas complementam-se e formam um todo inseparável, em face do que é intrinsecamente contraditório supor que se possa administrar corretamente uma sem respeitar a outra.

Assim, a essa verdade possível, que emerge do processo, denomina-se verdade processual.

Ferrajoli (2006, p. 48) afirma que “se uma justiça penal integralmente 'com verdade' constituiu uma utopia, uma justiça penal completamente 'sem verdade' equivale a um sistema de arbitrariedade”.

Tal conscientização somente foi possível na Europa Continental com a reformulação do pensamento penal pelo movimento iluminista, cujos defensores pregavam a necessidade de se observarem garantias legais e processuais, tais como a legalidade estrita, a materialidade e a lesividade dos delitos, a responsabilidade pessoal, o contraditório entre as partes, a presunção de inocência; pode-se concluir que um novo conceito de verdade exsurgia ou se resgatava no campo processual, uma verdade controlada, limitada, formal (FERRAJOLI, 2006, p. 49).

Entretanto, costuma-se a focar o conceito da verdade sob um prisma real, também denominado substancial ou material, e formal, cujas características seguem adiante.

4.1 Verdade Real e Formal

O tema pode ser analisado sob dois prismas: um decorrente da aplicação dos princípios dispositivo e da livre investigação das provas nos processos penal e civil, e outro em razão do modelo de direito penal adotado pelos Estados, autoritário ou formalista/garantista.

A primeira corrente, em face da diferença que haveria quanto ao tratamento da prova como decorrência dos princípios dispositivo e da livre investigação das provas, vincula a verdade formal ao direito processual civil e a verdade real ao direito processual penal.

De acordo com o princípio dispositivo, a indicação das provas a serem produzidas nos autos cabe às partes, na medida em que possuem interesses na demonstração da verdade e os meios adequados para tanto (SANTOS, 1981, p. 325). Ademais, seu desiderato seria o de tentar preservar o máximo possível da imparcialidade do julgador (CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 1995, p. 64).

Logo, no processo civil, nas causas onde o direito discutido possua natureza disponível, contentar-se-ia apenas com os elementos probatórios encartados nos autos, estabelecendo-se uma verdade formal.

Em direção oposta, o princípio da livre investigação das provas autoriza o magistrado, por iniciativa própria e independentemente da vontade das partes (*ex officio*), a recolher elementos que o auxiliem no deslinde dos fatos controvertidos. Nesse sentido, Santos (1981, p. 325) ensina que:

o juiz, que é quem dirige a instrução probatória, não está circunscrito, na averiguação dos fatos, às provas propostas pelas partes, podendo não admiti-las, não só porque inadmissíveis como também quando manifestamente protelatórias (desnecessárias, inadequadas, impossíveis, inúteis), ou, ainda, podendo determinar, de ofício, a produção de outras provas que entender necessárias à formação de sua convicção quanto à verdade dos fatos.

No processo penal, em decorrência do interesse social na apuração e repressão aos atos ilícitos definidos na legislação criminal, logo de natureza pública, encontra plena aceitação o princípio da livre investigação das provas.

Esta era a clássica distinção doutrinária quanto à verdade formal e real, defendida inclusive por Malatesta (2005, p. 109), o qual consignou o seguinte:

Mas por que é que, enquanto em matéria criminal se procura a verdade substancial, na civil se fica satisfeito com a simples verdade formal? É pela diversa natureza dos direitos em questão. (...) Em matéria civil estão em jogo direitos alienáveis, por isso, em geral, é lógico admitir renúncias de direitos e aceitação de obrigações toda vez que não vão de encontro aos princípios sempre superiores da ordem pública. Em matéria penal, ao contrário, trata-se de direitos inalienáveis.

Tal entendimento, contudo, modificou-se quando o direito processual se tornou ramo autônomo e se lhe outorgou natureza pública, consoante narrativa de Cintra, Grinover e Dinamarco (1995, p. 64).

Hodiernamente, em razão do que dispõe a legislação nacional, tal distinção não se revela apropriada, porquanto, tanto no processo civil quanto no processo penal, o magistrado tem o dever de buscar a verdade e dispõe de meios para investigar.

Com efeito, se no Código de Processo Penal de 1941 essa já era a regra, no Código de Processo Civil de 1973 diversos foram os poderes instrutórios concedidos ao juiz, conforme demonstram os artigos “125, 130, 131, 330, 342 e 420” (CINTRA, GRINOVER, DINAMARCO, 1995, p. 64).

Dentre todos os acima mencionados, o artigo 130 exprime que a verdade real também é a meta do julgador no processo civil, que deve assumir uma postura ativa na coleta da prova⁵³.

Um derradeiro exemplo, apontado por Barros (2002, p. 33), encontra-se na Lei de Alimentos (art. 5º, §7º, Lei n.º 5.478/1968)⁵⁴, na qual o juiz tem a obrigação de oficiar ao empregador do réu solicitando informações acerca do salário pago.

⁵³ Art. 130 - 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.

⁵⁴ “Art. 5º. (...) § 7º. O juiz, ao marcar a audiência, oficiará ao empregador do réu, ou, se o mesmo for funcionário público, ao responsável por sua repartição, solicitando o envio, no máximo até a data marcada para a audiência, de informações sobre o salário ou os vencimentos do devedor, sob as penas previstas no art. 22 desta lei.”

Assim, verifica-se que o processo civil atual afastou-se demasiadamente do princípio dispositivo e passou a valorizar uma prestação jurisdicional pautada na verdade material e não formal.

Na seara do processo penal, ao contrário do que parece ser, também se admite em casos restritos o estabelecimento de uma verdade formal.

Sustenta essa afirmação dois exemplos: a primeira prevista no Código de Processo Penal e a segunda na Lei nº 9.099/1995, que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais (BARROS, 2002, p. 35; ARAÚJO, 2007, p. 81).

Como é cediço, ainda que novas e robustas provas sejam apuradas contra o réu que foi absolvido, não há que se falar em reabertura da ação penal em razão do nosso ordenamento jurídico (artigos 621 e seguintes do CPP) não prever a revisão criminal *pro societate*. Assim, por questões de política criminal e também em homenagem ao princípio da segurança jurídica, admite-se como válida uma verdade formalmente constituída.

Por sua vez, é o que ocorre também com a transação penal, instituída pelo artigo 76 da Lei nº 9.099/1995.⁵⁵

Logo, a utilização dos princípios dispositivo e da livre investigação das provas não mais se prestam a balizar a dicotomia entre verdade material e formal, tanto no processo penal quanto no processo civil. Nesse sentido se posicionou Carnelutti (1998, p. 606), ao final de sua vida, ao afirmar que tal divisão não era fundada, na medida em que a verdade é apenas uma, não admitindo divisão:

Quando parti, nos meus estudos sobre processo, com a *Prova Civile*, falei de verdade, assinalando como escopo do processo a investigação da verdade substancial e, como resultado, a obtenção de uma verdade formal. Mas não era, embora algo comum, uma distinção fundada. A verdade não é, e nem pode ser, senão uma só: aquela que eu, como outros, chamava de verdade formal, não é verdade.

A segunda corrente, defendida por Ferrajoli (2006, p. 48), enfocando o tema sob um prisma relativo aos modelos penais adotados pelos Estados, afirma que a verdade real “quer dizer, uma verdade absoluta e onicompreensiva em relação às pessoas investigadas, carente de limites e de confins legais, alcançável por qualquer meio, para além das rígidas regras procedimentais” (2006, p. 48).

⁵⁵ “Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa, a ser especificada na proposta.”

Assim, a verdade real é um fenômeno que estaria presente em regimes estatais autoritários onde a esfera de liberdade e intimidade do indivíduo é desprezada.

Por outro lado, a verdade formal ou processual é aquela que se procura alcançar:

pelo respeito a regras precisas, e relativa somente a fatos e circunstâncias perfilados como penalmente relevantes. Esta verdade não pretende ser a verdade; não é obtida mediante indagações inquisitivas alheias ao objeto pessoal; está condicionada em si mesma pelo respeito aos procedimentos e às garantias da defesa (FERRAJOLI, 2006, p. 48).

É aquela que se procura lograr no Estado Democrático de Direito, onde ao indivíduo se atribuem direitos e garantias contra a intromissão desproporcional em seu núcleo de liberdade.

Como salienta Muñoz Conde (2003, p. 1):

La búsqueda de la verdad en el proceso penal está limitada por el respecto a unos derechos fundamentales que impiden que la inocencia o culpabilidad de un acusado pueda ser investigada a toda costa o a cualquier precio. La prohibición de la tortura o de las escuchas telefónicas ilegales son sin duda obstáculos para la averiguación de la verdad, pero es el precio que hay que pagar por el respecto a los derechos fundamentales del acusado.

É o que recomenda Dias (1984, p. 194):

De resto, o próprio pensamento filosófico mais recente veio mostrar que toda a verdade autêntica passa pela *liberdade* da pessoa, pelo que sua obtenção à custa da dignidade do homem é impensável. E é bom que isto se acentue, para que se não ceda à tentação de santificar a violação de proibições de prova em atenção ao fim da descoberta de uma (pretensa) verdade material. Hoc sensu, a chamada verdade material continua a ser, ainda aqui, uma verdade *intraprocessual*.

4.2 Do Princípio *nemo tenetur se detegere* e sua Relação com a Verdade

Em que pese todos os avanços advindos da evolução da linha de pensamento do processo penal, quer pela experiência anglo-americana, quer pela européia continental, com o acatamento de preciosas garantias em favor do acusado, bem como uma revisão do conceito de verdade dentro do processo, ainda permanece a idéia, no bojo social e em grande parcela da comunidade jurídica, de que a verdade deve ser obtida a qualquer custo no processo.

Por conta disso, o acusado ainda é visto não como um sujeito processual, detentor de direitos e garantias, porém como objeto de prova.

Como a apuração da verdade se revela uma tarefa trabalhosa, muitas vezes difícil e demorada, há tempos imemoriais todos os esforços se concentram na figura do acusado, quem, a partir de uma presunção de culpabilidade, poderia revelar toda a trama dos acontecimentos (quem melhor do que ele para apresentar a verdade?).

Dessa forma, a violência contra o corpo se desponta como o meio mais prático e barato para a descoberta do culpado. E a sociedade quase sempre aprova e requer que assim se proceda.

Tal concepção, segundo Queijo (2003, p. 41), foi e ainda é a maior barreira à aplicação do princípio *nemo tenetur se detege*.

A racionalização operada no processo penal pelo iluminismo alçou o acusado a sujeito processual e o princípio *nemo tenetur se detegere*, nos ensina Ferrajoli, foi a primeira máxima do garantismo processual acusatório, a partir do qual se estruturam vários outros princípios que dão forma a esse sistema que originou a Escola Clássica de direito penal:

Disso resultaram, como corolários: a proibição daquela tortura espiritual, como chamou Pagano, que é o juramento do imputado; o direito ao silêncio, nas palavras de Filangieri, assim como a faculdade do imputado de responder o falso; a proibição não só de arrancar a confissão com violência, mas também de obtê-la mediante manipulação da psique, com drogas ou com práticas hipnóticas, pelo respeito devido à pessoa do imputado e pela inviolabilidade de sua consciência; a consequente negação do papel decisivo da confissão, tanto pela refutação de qualquer prova legal como pelo caráter indisponível associado às situações penais; o direito do imputado à assistência e do mesmo modo à presença de seu defensor no interrogatório, de modo a impedir abusos ou ainda violações das garantias processuais (2006, p. 560).

Explica Gomes Filho que em oposição à Escola Clássica seguiu a denominada Escola Positivista, que teve como defensores Florian, Ferri entre outros, pautada na defesa da sociedade contra o crime, rechaçando e criticando “tudo aquilo em que não fosse evidente o *interesse público*” (1997, p. 34).

Ganha, assim, novo impulso e força o conceito de verdade material com a consequente volta do sistema inquisitório.

Os ideais da Escola Positivista permeiam a legislação penal brasileira na medida em que esta foi inspirada e adotou como modelo a legislação italiana (fascista) de 1930 (GOMES Filho, 1997, p. 33).

Contudo, aduz Queijo (2003, p. 44), o princípio *nemo tenetur se detegere*, na forma do direito ao silêncio, foi albergado pela legislação de grande número de nações, inclusive o Brasil, e, neste caso em particular, se num momento o prevê, em outro lhe retirava a eficácia, como adiante será examinado.

Por um lado, em nome da busca da verdade material, que como visto é uma utopia, procura-se fazer prevalecer os “interesses da sociedade”, elevando-os ao ápice dos valores protegidos pela norma penal. Por outro lado, o princípio *nemo tenetur se detegere* ao velar pelas prerrogativas do indivíduo contra o Estado, é visto como um empecilho.

Assim, entre a verdade material, adotada por um ideal positivista e aliado a um estado autoritário, e o princípio *nemo tenetur se detegere* estabelece-se uma relação antagônica, de grande tensão.

O mesmo não ocorre entre a verdade processual, obtida validamente com observância aos ideais de um Estado Democrático Liberal, pelo contrário, ambos formam os dois lados de uma mesma moeda.

A Constituição Federal Brasileira de 1988 ao assegurar o respeito à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e ao delinear diversos direitos e as devidas garantias de seu exercício aos acusados em geral, tanto em processo judicial quanto administrativo, o fez com o propósito de criar uma postura ética a guiar toda e qualquer manifestação de poder por meio do governo.

E essa ética somente poderá ser alcançada com o respeito ao devido processo legal, no qual se insere uma verdade processual onde se observe, dentre outros, o princípio *nemo tenetur se detegere*.

Nesse sentido afirma Hassemer (2007, p. 118), ao tratar do processo penal orientado pelo Estado de Direito, que: “Em homenagem a Hegel e adaptando-o: efetiva pode ser atualmente somente uma persecução penal caso ela trate os autores com dignidade e liberdade, não como um cachorro, contra o qual se ergue o bastão.”

5 TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: A ORDEM CONSTITUCIONAL BRASILEIRA E O PRINCÍPIO *NEMO TENETUR SE DETEGERE*

A teoria dos direitos fundamentais revela-se de suma importância para a exata compreensão do tema ora em análise, pois urge investigar a posição que ocupa no ordenamento jurídico, bem como a natureza que se extrai do princípio *nemo tenetur se detegere*.

Tão-somente com amparo nessas informações é que se possibilita, com rigor científico, traçar um caminho seguro.

Devido à sua grande extensão e complexidade, abordar-se-á apenas os pontos considerados mais relevantes e vinculados ao objeto de estudo.

5.1 Terminologia, Conceito e Funções

Duas expressões ordinariamente são utilizadas para se referir ao mesmo tema: direitos humanos e direitos fundamentais.

Bonavides (1993, p. 472) aponta que direitos humanos ou direitos do homem são freqüentemente utilizados pelos autores anglo-americanos e latinos, enquanto direitos fundamentais o é pela doutrina alemã.

Não obstante os direitos fundamentais originariamente serem direitos humanos, cuidam-se de conceitos distintos, quando examinados pelo critério da posituação no texto constitucional.

De fato, os primeiros são “manifestações positivas do Direito, com aptidão para a produção de efeitos no plano jurídico, dos chamados direitos humanos, enquanto pautas ético-políticas, 'direitos morais', situados em uma dimensão supra-positiva, deonticamente diversa daquela em que se situam as normas jurídicas – especialmente as de Direito interno” (GUERRA Filho, 2001, p. 37).

É o que se extrai também da lição de Canotilho:

direitos do homem são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista); **direitos fundamentais** são os direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espacio-temporalmente. Os direitos do homem arrancariam da própria natureza humana e daí o seu caráter inviolável, intemporal e universal; os direitos fundamentais seriam os direitos objectivamente vigentes numa ordem jurídica concreta (2007, p. 393).

Nesse sentido também se posiciona Sarlet (2006, p. 41).

Assim, apesar da origem comum, direitos fundamentais circunscrevem-se àqueles positivados no ordenamento jurídico de cada país, formando um “conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano que tem por finalidade básica o respeito à sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana” (MORAES, 2004, p. 497).

Na expressão “fundamentais” indica-se, segundo Silva, que “se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais do homem no sentido de que todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados” (2001, p. 182).

Seguindo a orientação de Canotilho (2007, p. 407-410), atribuem-se aos direitos fundamentais quatro funções, a seguir discriminadas:

a) função de defesa ou de liberdade: cabe ao Estado a não interferência na esfera jurídica do indivíduo, ou melhor, a proteção do indivíduo perante o Estado (liberdade negativa);

b) função de prestação social: o Estado deve promover prestações, em caso de necessidade do indivíduo, tais como saúde, segurança e educação;

c) função de proteção perante terceiros: a violação aos direitos fundamentais não decorre apenas do Estado, mas também de particulares, razão pela qual cabe àquele a proteção do indivíduo em face deste. Ou segundo Dworkin (2002, p. 209) “destina-se a proteger os cidadãos (ou grupos de cidadãos) contra certas decisões que a maioria pode querer tomar, mesmo quando essa maioria age visando o que considera ser o interesse geral ou comum”;

d) função de não-discriminação: com amparo no princípio da igualdade o Estado deve tratar todos os indivíduos de forma igual em relação a todos os direitos.

5.2 Gerações e/ou Dimensões

Sob a perspectiva da evolução histórica, com marco inicial na solene Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, proclamada durante a Revolução

Francesa, em 1789⁵⁶, são reconhecidas algumas gerações ou dimensões dos direitos fundamentais.

Consiste a primeira geração nos clássicos direitos de liberdade públicas, civis e políticos, oponíveis pelo indivíduo contra o Estado, a quem caberia uma atitude negativa, ou seja, de não interferência (BOBBIO, 2004, p. 26).

A segunda geração, com início no limiar do século XX, compreende os direitos sociais, econômicos e culturais. Bonavides comenta que o seu nascimento resultou da reflexão da doutrina marxista contra o modelo liberal em vigor durante o século XIX.

Ao conceito liberal de igualdade, marcadamente formalista, que se esgotava na mera declaração legal, se opôs um novo conceito: o da igualdade material.

Como salientado por Bastos (2000, p. 172): “O princípio da igualdade, muito provavelmente o mais importante dos direitos clássicos, tornou-se uma irrisão. Como alguém observou, consistia em dizer que a lei assegurava igual direito de pobres e ricos dormirem debaixo da ponte.”

Despertou-se para o fato de que ao Estado, como agente organizador da sociedade, cabe a criação de condições materiais, culturais e econômicas para o desenvolvimento dos indivíduos, em outras palavras, prestações positivas.

Tais ideais, como afirmado por Canotilho, com fundamento na existência material humana digna, incorporou-se ao patrimônio da humanidade (2007, p. 385).

A terceira geração, esboçada a partir da década de 1960, é o fruto de uma conscientização acerca da grande disparidade entre o desenvolvimento experimentado entre as nações ditas de Primeiro e Terceiro Mundo (BONAVIDES, 1993, p. 480), bem como pelas conseqüências do impacto tecnológico, a corrida armamentística e o processo de descolonização iniciado após a segunda guerra mundial (SARLET, 2006, p. 58).

É denominada direito dos povos (CANOTILHO, 2007, p. 386) ou direitos de solidariedade (FERREIRA Filho, 1992, p. 252) ou fraternidade (MORAES, 2000, p. 57), e partem do pressuposto da existência de direitos que ultrapassam a esfera

⁵⁶ Bonavides (1993, p. 474), lembrando a discussão entre Boutmy e Jellinek, finca o termo inicial do caráter universal dos direitos fundamentais na Declaração francesa e não nas declarações inglesas e americanas, pelo fato de que estas se dirigiam a uma classe social (cartas inglesas) ou seus cidadãos (americana), enquanto aquela tinha como destinatário o gênero humano. Aliás, Canotilho (2007, p. 383) lembra que a Magna Charta inglesa de 1215 somente aproveitou todos os ingleses quatro séculos mais tarde, quando modificou-se o conceito de homem livre. Nesse sentido também Bastos (1998, p. 167).

individual e coletiva, pertencendo ao gênero humano como um todo (GUERRA Filho, 2001, p. 39).

Abrangem o direito a um meio ambiente equilibrado, uma saudável qualidade de vida, ao progresso, a paz, a autodeterminação dos povos e outros direitos difusos (SARLET, 2006, p. 58).

Implica na necessidade de um atuar em conjunto das nações, superando concepções individualistas (CANOTILHO, 2007, p. 386).

Outros autores, no caso brasileiro, como Paulo Bonavides, entendem que às gerações dos direitos fundamentais deve-se acrescentar uma quarta, resultante do processo de globalização, composta pelo direito à democracia direta⁵⁷, à informação e direito ao pluralismo.

O mestre cearense, adotando como critério diferenciador a titularidade dos direitos, concebe as gerações dos direitos fundamentais da seguinte forma: a) primeira geração: indivíduo; b) segunda geração: o grupo; c) terceira geração: a sociedade ou comunidade; d) quarta geração: o gênero humano (BONAVIDES, 1994, p. 188).

Convém ressaltar a lição de Bobbio (2004, p. 25) de que:

os direitos não nascem todos de uma vez. Nascem quando devem ou podem nascer. Nascem quando o aumento do poder do homem sobre o homem – que acompanha inevitavelmente o progresso técnico, isto é, o progresso da capacidade do homem de dominar a natureza e os outros homens – ou cria novas ameaças à liberdade do indivíduo, ou permite novos remédios para as suas indigências: ameaças que são enfrentadas através de demandas de limitações do poder; remédios que são providenciados através da exigência de que o mesmo poder intervenha de modo protetor.

Assim, novas gerações ou dimensões podem surgir no futuro, não se esgotando naquelas até o momento identificadas ou catalogadas pela doutrina.

No que tange à referência ao termo geração de direitos fundamentais, a doutrina tem tecido duras críticas, porquanto dá a entender que os direitos de gerações anteriores seriam substituídos quando novos fossem reconhecidos (CANOTILHO, 2007, p. 386), o que não é verdade, porquanto se trata de um processo cumulativo e de complementaridade (SARLET, 2006, p. 54).

⁵⁷ “Uma democracia concebida também substantivamente, valorativamente, erigida em princípio cardinal inspirador de toda a organização participativa da cidadania, com liberdade, consenso e pluralismo.” (BONAVIDES, 1994, p. 180).

O correto, portanto, seria se valer do termo dimensão de direitos fundamentais, na medida em que os direitos anteriores, passando a ser mais bem compreendidos em face dos direitos recentes, ganham uma nova dimensão (GUERRA Filho 2001, p. 39).

5.3 Normas Fundamentais

Buscando responder ao questionamento do que seriam normas⁵⁸ fundamentais⁵⁹, Alexy (1993, p. 62) em um primeiro momento afirma que “normas de derecho fundamental son aquellas que son expresadas a través de disposiciones iusfundamentales, y disposiciones iusfundamentales son exclusivamente enunciados contenidos en el texto de la Ley Fundamental.”

Na medida em que nem todas as normas constitucionais preceituam normas de direitos fundamentais, propõe que a identificação dessa natureza se realize observando alguns critérios (1993, p. 73).

Em um primeiro momento, por meio de um critério apenas formal, normas fundamentais são aquelas estatuídas na Constituição, quer no catálogo próprio dos direitos fundamentais, quer noutros pontos do mesmo texto.

Num segundo momento, também considera normas de direitos fundamentais aquelas não previstas diretamente no texto constitucional, mas que integram o catálogo de direitos fundamentais, por força de sua natureza materialmente constitucional.

Se trata, pues, de una *relación de fundamentación* entre la norma que hay que precisar y la norma precisante. Estas dos relaciones justifican concebir como normas de derecho fundamental no sólo las normas que son expresadas directamente a través de enunciados de la Constitución, sino también las normas del tipo presentado.

... no son estatuidas directamente por el texto constitucional sino que, más bien, son adscriptas a las normas directamente estatuidas por la Constitución. Esto justifica llamarlas “normas adscriptas” (1993, p. 70).

Dessa forma, segundo a concepção de Alexy, as normas de direitos fundamentais podem ser de duas classes, a saber: a) aquelas diretamente

⁵⁸ Segundo Bobbio (2006, p. 58), norma significa “imposição de obrigações (imperativo, comando, prescrição)”.

⁵⁹ Outro parâmetro foi criado por Carl Schmitt, o qual é referido e aceito por Bonavides (1993, p. 473), baseado em critérios materiais e formais/estruturais, que é criticado e rechaçado por Alexy (1993, p. 64-65).

preceituadas no texto constitucional; b) e as normas “adscriptas de derecho fundamental”.

Nesse sentir, também a opinião de Canotilho (2007, p. 921), ao desenvolver o conceito de bloco de constitucionalidade. De acordo com o mestre português:

o programa normativo-constitucional não se pode reduzir, de forma positivista, ao texto da constituição. Há que densificar, em profundidade, as normas e princípios da constituição, alargando o bloco da constitucionalidade a princípios não inscritos desde que reconduzíveis ao programa normativo-constitucional como formas de densificação ou revelação específicas de princípios ou regras constitucionais positivamente plasmadas.

Traçando um paralelo com a Constituição Federal brasileira de 1988, portanto, reconhecem-se como normas de natureza materialmente fundamental todas as disposições constantes nos Capítulos *Dos Direitos e deveres individuais e coletivos* (artigo 5º), *Dos direitos sociais* (artigos 6º a 11), *Da nacionalidade* (artigos 12 a 13), e *Dos direitos políticos* (artigos 14 a 16), todos do Título II, pois formam o catálogo explícito de normas de direitos fundamentais.

Ampara esse entendimento o julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 939/DF, onde o Ministro Carlos Velloso categoricamente afirmou que:

Direitos e garantias individuais não são apenas aqueles que estão inscritos nos incisos do art. 5º. Não. Esses direitos e essas garantias se espalham pela Constituição. (...) É sabido, hoje, que a doutrina dos direitos fundamentais não compreende, apenas, direitos e garantias individuais, mas, também, **direitos e garantias sociais, direitos atinentes à nacionalidade e direitos políticos**. Este quadro todo compõe a teoria dos direitos fundamentais. (...) O mundo evoluiu, e assim, também, o Direito. (grifou-se)

Outrossim, constitui normas dessa natureza, outras dispersas no texto constitucional, ou seja, não agregadas ao catálogo de direitos fundamentais, mas que dão forma e conteúdo ao Estado Democrático de Direito, tais como o artigo 60, §4º, que institui as denominadas cláusulas pétreas, limitando a liberdade de revisão do texto constitucional pelo poder legislativo, o artigo 150, III, *b*⁶⁰, que dispõe acerca do princípio da autoridade tributária, o artigo 93, IX, que impõe a necessidade de fundamentação das decisões proferidas pelo Poder Judiciário, dentre outros.

⁶⁰ Conforme decidido na Adin nº 939/DF.

Finalmente, por força do artigo 5º, §§2º e 3º, da Constituição Federal, o bloco de constitucionalidade também é formado por normas de direitos fundamentais constantes em convenções e/ou tratados internacionais de direitos humanos.

§ 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

§ 3º – Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais⁶¹.

A possibilidade do reconhecimento de novos direitos fundamentais, denominada por Miranda (2000, p. 162) como *cláusula aberta* ou de *não tipicidade* e por Canotilho como norma com *fattispecie* aberta (2007, p. 379), resulta na vantagem da Constituição em se adaptar às novas exigências que despontam no meio social, marcada, mais do que nunca, pela dinamicidade.

Este ponto será adiante melhor esclarecido ao se examinar o status normativo atribuído à Convenção Americana sobre Direitos Humanos e Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos da ONU em face da sua incorporação ao ordenamento jurídico brasileiro, o quais positivaram o princípio *nemo tenetur se detegere*.

5.4 Estrutura das Normas de Direito Fundamental: Princípios e Regras

De acordo com a nova concepção acerca da metodologia jurídica⁶², originada de uma profunda reflexão acerca do positivismo e de sua insuficiência para resolver determinados casos, denominados de *hard cases*⁶³, norma é o gênero do qual os princípios e as regras são suas duas espécies.⁶⁴

Alexy esclarece que tanto princípios quanto regras são normas, porquanto determinam um dever ser. “Ambas pueden ser formuladas con la ayuda de las expresiones deónticas básicas del mandato, la permisión y la prohibición” (1993, p. 83).

⁶¹ Acrescentado pela Emenda Constitucional nº 45/2004.

⁶² Dworkin (2002, p. 35), Alexy (1993, p. 83) e Canotilho (2007, p. 1160), Guerra Filho (2001, p. 54), Barroso (2003, p. 151).

⁶³ Para maiores detalhes ver Dworkin (2002, p. 16 e ss).

⁶⁴ Nesse sentido GRAU (2004, p. 148).

Em que pese ter sido desenvolvidos vários critérios a fim de distinguir essas duas espécies de normas (grau de abstração, grau de determinabilidade, caráter de fundamentabilidade, proximidade da idéia de direito e natureza normogenética⁶⁵), o ponto essencial que aclara a natureza de ambas é a qualitativa (ALEXY, 1993, p. 87).

Com efeito, ensina Alexy que princípios:

son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son mandatos de optimización, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida debida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas (1993, p. 86).

Por sua vez, regras são definidas da seguinte maneira:

las reglas son normas que sólo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces de hacerse exactamente lo que ella exige, ni más ni menos. Por lo tanto, las reglas contienen *determinaciones* en el ambito de lo fáctica y jurídicamente posible (Alexy, 1993, p. 87).

Dos conceitos acima transcritos se pode inferir que o princípio impõe que o comando nele veiculado seja realizado na maior medida possível, ou seja, observando-se as condições fáticas e também jurídicas. A otimização significa a possibilidade desse objetivo ser realizado na medida de vários graus.

As regras, por sua vez, não possuem tal flexibilidade, a sua natureza impõe o cumprimento ou não do seu comando. Daí a razão de Dworkin (2002, p. 39) ensinar que: “As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão.”

Segundo a teoria de Alexy (1993, p. 87), é na hipótese de colisão entre princípios e conflito de regras que se pode observar claramente a diferença entre essas normas.

Na hipótese de duas regras regularem simultaneamente uma mesma situação, porém em sentidos opostos, a eliminação do conflito se dará de duas formas: a) pelo conjunto de regras aplicáveis aos casos de antinomia, inclusive previstos em lei, como os critérios hierárquico (*lex superior derogat legi inferiori*),

⁶⁵ Canotilho, 2007, p. 1160-1161.

cronológico (*lex posterior legi priori*) e o da especialidade (*lex specialis derogat legi generali*) (DINIZ, 1987, p. 39-43); b) pela previsão legal de casos de exceção à sua aplicação (ALEXY, 1993, p. 88; DWORKIN, 2002, p. 40). Assim, necessariamente um das regras será considerada válida e a outra inválida.

Quanto aos princípios a situação é diversa, na hipótese de conflito o que prepondera em cada caso concreto é o peso ou importância de cada um (DWORKIN, 2002, p. 42). É o que Alexy denomina de relação de precedência condicionada (1993, p. 92), pois em determinadas condições fáticas e/ou jurídicas um princípio precede ao outro. Alterando-se essas condições o resultado poderá ser o inverso.

Nunca em uma relação de exclusão, como as regras, mas num estado de coexistência e de harmonização em cada caso concreto.

5.5 Da Relatividade dos Direitos Fundamentais

Da natureza flexível dos princípios se extrai o fundamento direto, no campo dogmático, da relatividade dos mesmos.

É verdade que durante o desenvolvimento dos direitos fundamentais se lhes atribuíam, segundo a teoria liberal clássica (MÜLLER, 1994, p. 101), um caráter absoluto; no entanto, com o brotar das novas dimensões de direitos (principalmente a segunda: dos direitos sociais, econômicos e culturais) e o abandono progressivo do positivismo, pode-se compreender melhor a natureza desses direitos e em especial a dos princípios.⁶⁶

Como acima discorrido, os princípios coexistem e se relacionam harmonicamente, a depender do peso que cada um possui no caso concreto, o oposto das regras, onde vigora um conceito de ou é válido ou não é válido.

Dessa forma, os direitos fundamentais, como princípios, não são absolutos (MORAES, 2000, p. 59; BASTOS, 1998, p. 172; STEINMETZ, 2000, p. 2)⁶⁷.

⁶⁶ Para uma análise sob uma perspectiva sociológica ver Bobbio (2004, p. 35 e seguintes).

⁶⁷ Abordando a questão sob um prisma histórico, ver BOBBIO (2004, p. 38).

5.6 Sistema de Regras e Princípios

A compreensão de que a ordem jurídica se divide em princípios e regras (normas) gera sensíveis conseqüências em todos os ramos de direito, porém muito mais na seara constitucional.

Canotilho (2007, p. 1162) ensina que um sistema baseado unicamente em regras ou princípios ocasionaria graves inconvenientes.

Na primeira hipótese, diz o mestre português, se exigiria que a legislação contivesse um rol exaustivo que contemplasse todas as situações possíveis de ocorrer no mundo fático, bem como suas exceções aplicáveis em cada caso. Se por um lado se teria um sistema “seguro”, pelo outro se caracterizaria como fechado.

Além de se figurar como algo absolutamente impossível, pois a interação dos inumeráveis elementos da vida em sociedade produz novos fatos diariamente, o trabalho de elaboração da legislação por natureza é lenta e seletiva (e é natural e bom que assim seja), pois alcança tão-somente aqueles casos mais relevantes, deixando os demais ao encargo do poder judiciário.

Por outro lado, inexistiria a possibilidade do balanceamento de valores, pois a solução dos conflitos se resolveria pelo método de validade ou não da regra, nos moldes do tudo ou nada, proposto por Dworkin.

Um sistema constitucional, portanto, baseado apenas em regras seria impraticável.

Igualmente inviável seria um sistema baseado apenas em princípios, na medida em que “a indeterminação, a inexistência de regras precisas, a coexistência de princípios conflitantes, a dependência do possível fático e jurídico” (CANOTILHO, 2007, p. 1162), levariam a uma insegurança jurídica.

Dessa forma, qualquer sistema, que pretende ser equilibrado ou harmônico, necessariamente será composto por regras e princípios.

Em que pese não haver hierarquia entre ambos no sentido normativo, na medida em que a cada um incumbe uma distinta função (BARROSO, 2003, p. 152), cabe aos princípios uma destacada importância, mormente no contexto constitucional.

Larenz (1969, p. 569) disserta que princípios são:

idéias jurídicas gerais que permitem considerar uma regulamentação normativa como conveniente ou bem fundada, por referência à idéia de Direito ou a valores jurídicos reconhecidos. Em parte, esses princípios identificam-se com os próprios valores jurídicos superiores, como a idéia de boa fé ou a justiça distributiva; em parte, são critérios referidos a esses valores, como por exemplo os critérios da imputação; em parte ainda, são postulados éticos-jurídicos ou sócio-jurídicos, como a tutela da personalidade, a tutela da boa fé, a proteção aos menores e à parte socialmente mais débil, o dever de assistência aos socialmente dependentes, etc.

Daí se infere que para o Direito os princípios representam o ideal da justiça na sua mais pura essência, bem como os valores considerados relevantes por uma dada sociedade que devem ser alcançados; outrossim, representam os seus fundamentos (SILVA, 1982, p. 447).

No entanto, vale a advertência de Coelho (2008, p. 13), na esteira da sua teoria crítica do direito, de que há princípios que são o suporte de legitimação dos interesses das classes dominantes, que ocultam a realidade social, procurando dar ao direito uma aparência de racionalidade. Razão pelo qual o jurista deve estar sempre atento “ao caráter mítico e falacioso de seus fundamentos”, a fim de alcançar sua desalienação.

Quando positivados no texto constitucional, os princípios além de expressarem os aspectos acima citados, irradiam seus efeitos a toda a ordem jurídica constituída, a qual se deve a eles se conformar (natureza cogente).

Ademais, como lembrado por Canotilho, aos princípios se atribui a função normogenética, ou seja, a de ser o fundamento das regras (2007, p. 1.163). Assim, na hipótese de determinadas regras afrontarem o conteúdo dos princípios, sua validade resta comprometida e podem ser afastadas da legislação. Coelho (2008, p. 6) afirma que, em nome dos princípios, admitem-se decisões *contra legem*, porquanto atuam como balizas para corrigir o direito ou até mesmo transformá-lo.

Por sua vez, não se pode olvidar que se a sociedade continuamente se encontra em processo de transformação, a Constituição necessariamente também deve acompanhar esse dinamismo, cuja qualidade tão-somente lhe será possível em razão da abertura e flexibilidade proporcionada pelos princípios, cujo significado variam no tempo e espaço, na história e culturalmente, conforme ensinamento de GRAU (2004, p. 152).

Logo, os princípios atuam como critério de interpretação e integração, dando-lhe unidade e sentido ao texto constitucional.

5.7 Tipos de Princípios

Os princípios jurídicos constitucionais são classificados por Canotilho (2007, p. 1164-1167) em quatro categorias:

a) princípios jurídicos fundamentais: consistem nos “princípios historicamente objectivados e progressivamente introduzidos na consciência jurídica e que encontram uma recepção expressa ou implícita no texto constitucional.”

Apresentam uma dupla dimensão, a saber: positiva e negativa.

Positiva na medida em que determina materialmente a atuação dos poderes públicos; tal como a exigência de publicidade dos atos públicos, a imparcialidade, o acesso aos tribunais, dentre outros.

Negativa, porquanto funcionam como um limite à utilização abusiva e excessiva do poder por aqueles que o exercem e, ainda, a vinculação destes ao Estado de Direito e à legalidade democrática.

b) princípios políticos constitucionalmente conformadores: são “os princípios constitucionais que explicitam as valorações políticas fundamentais do legislador constituinte.” Refletem as opções quanto à forma de Estado, de governo, de sua estrutura, regime político, etc.

c) princípios impositivos: neles “subsumem-se todos os princípios que impõe aos órgãos do Estado, sobretudo ao legislador, a realização de fins e a execução de tarefas.”

d) princípios-garantia: são aqueles que “visam instituir directa e imediatamente uma garantia dos cidadãos.”

O que confere especificidade à garantia é seu carácter de instrumentalidade (SARLET, 2006, p. 209), pois por meio dela o cidadão instrumentaliza a defesa de seus direitos fundamentais contra o Estado.⁶⁸

Como exemplo pode-se citar aqueles vinculados ao direito penal (*nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*), processual em geral (princípio do juiz e promotor natural) e, também, os remédios processuais (*habeas corpus, habeas data* e o mandado de segurança).

⁶⁸ Silva (2001, p. 192) os denomina de *garantias constitucionais especiais*.

5.8 Da Colisão entre Princípios

As colisões de direitos fundamentais são bastante freqüentes nas sociedades modernas.

Cada vez mais as Constituições são frutos de um processo democrático e, por conseqüência, trazem em seu seio conquistas dos mais diversos segmentos sociais, “transportadoras de idéias, aspirações e interesses diferenciados e até antagônicos ou contraditórios” (CANOTILHO, 2007, p. 1182).

Larenz (1997, p. 575) esclarece que:

Os direitos, cujos limites não estão fixados de uma vez por todas, mas que em certa medida são abertos, móveis, e, mais precisamente, esses princípios podem, justamente por esse motivo, entrar facilmente em colisão entre si, porque a sua amplitude não está de antemão fixada.

E é nas relações diárias dos agentes sociais que se concretiza o choque/colisão.

De acordo com Alexy (1999, p. 69), as formas de colisão de direitos fundamentais podem ser focadas sob dois ângulos, a saber: em sentido estrito e em sentido amplo.

Em uma concepção restrita (ou sentido estrito), compreende-se as colisões como verificáveis apenas entre *direitos fundamentais iguais* ou *diferentes*; caracteriza-se pelo fato do exercício de um direito fundamental gerar reflexos negativos no direito fundamental de outro titular.

No caso de direitos iguais, identificam-se 4 (quatro) possibilidades:

a) o exercício simultâneo do mesmo direito fundamental não é materialmente possível. Exemplo: grupos hostis desejam realizar uma manifestação no centro da cidade ao mesmo tempo.

b) para um dos titulares trate-se de direito de proteção e para o outro de defesa. Exemplo: a possibilidade da polícia atirar em um seqüestrador para libertar o refém;

c) o conflito das dimensões negativa e positiva do mesmo direito fundamental. Exemplo: a afixação de uma crucifixo em ambientes escolares. Liberdade de crença de cristãos e de não-cristãos;

d) a colisão decorrente de uma questão fática. Exemplo: tratamento diferenciado para aqueles que não podem recolher as custas processuais para obterem o acesso à justiça.

Como hipótese de direitos diferentes, Alexy apresenta a liberdade de informação em contraposição com os direitos de personalidade.

Em uma concepção ampla, todavia, admite-se como colisões também aquelas verificadas entre *direitos fundamentais e bens coletivos*, tais como o direito de propriedade em face da preservação do meio ambiente, liberdade empresarial em face dos direitos sociais ou da saúde pública.

Com o intuito de encontrar uma solução para esse fenômeno, Alexy (1993, p. 94) formulou uma lei de colisão, assim ementada:

Si el principio P_1 , bajo las circunstancias C , precede al principio P_2 : ($P_1 \mathbf{P} P_2$) C , y si de P_1 bajo las circunstancias C resulta la consecuencia R , entonces vale una regla que contiene a C como supuesto de hecho y a R consecuencia jurídica: $C \rightarrow R$.

Dessa lei se infere que a resolução se dá por meio de uma ponderação dos princípios colidentes no caso concreto, de acordo com o peso e as circunstâncias do caso concreto.

No entanto, a ponderação não se leva a efeito sem critérios, pelo contrário, o método adequado para tal intento e o postulado da proporcionalidade, que se desdobra em três máximas parciais (STEINMETZ, 2000, p. 125), cujas características serão examinadas no Capítulo 9 deste estudo.

5.9 Da Recepção de Normas de Direitos Humanos na Ordem Interna Constitucional Brasileira

Depois de 21 anos de governo militar (1964-1985), período em que as liberdades individuais foram gravemente violadas e as instituições moldadas para amparar uma estrutura estatal autoritária, inicia-se o processo de redemocratização brasileira, em cujo ápice se encontra a Constituição Federal de 1988.

Como uma chama a iluminar a eterna esperança, representa o desejo de todo o povo (com exceção das classes dominantes, que lutam pela manutenção do *status quo*), oprimido diariamente com a negação de seus direitos.

Propõe-se, assim, uma reconstrução nacional alicerçada na forma de um Estado Democrático de Direito. E recordando os ensinamentos de Bobbio (2004, p. 21), a verdadeira democracia tão-somente se alcança com um ambiente de paz e de respeito aos direitos humanos.

Inaugura-se o texto constitucional se explicitando os fundamentos informadores de toda a ordem jurídica e social.

Os acontecimentos deflagrados durante a segunda guerra mundial e durante o regime militar conscientizaram os legisladores de todo o mundo, inclusive o brasileiro, acerca da importância de se resguardar a pessoa humana.

Por tal motivo, a dignidade da pessoa humana foi alçada à condição de fundamento constitucional do Estado brasileiro, conforme dispõe o artigo 1º, III, *verbis*:

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

Silva (1998, p. 92), ao comentar o assunto, torna claro que:

Se é fundamento é porque se constitui num valor supremo, num valor fundante da República, da Federação, do País, da Democracia e do Direito. Portanto, não é apenas um princípio da ordem jurídica, mas o é também da ordem política, social, econômica e cultural. Daí sua natureza de valor supremo, porque está na base de toda a vida nacional. [E arremata] ... a dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida.

Nesse sentir, também Piovesan (2008, p. 8), ao afirmar que:

O valor da dignidade humana — ineditamente elevado a princípio fundamental da Carta, nos termos do art. 1º, III — **impõe-se como núcleo básico e informador do ordenamento jurídico brasileiro, como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação e compreensão do sistema constitucional instaurado em 1988**. A dignidade humana e os direitos fundamentais vêm a constituir os princípios constitucionais que incorporam as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro. Na ordem de 1988, esses valores passam a ser dotados de uma especial força expansiva, projetando-se por todo universo constitucional e servindo como critério interpretativo de todas as normas do ordenamento jurídico nacional. (grifou-se)

Logo abaixo, ainda estruturando o ordenamento nacional e integrando o conceito de dignidade humana, agora no tocante às relações internacionais, dispõe o art. 4º, III:

Art. 4º. A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:
(...)
II – prevalência dos direitos humanos.

Daí se extrai a necessária preocupação em cooperar no movimento internacional de proteção aos direitos humanos, ou seja, incluindo no ordenamento interno as disposições relativas à proteção dos direitos humanos reconhecidas internacionalmente (PIOVESAN, 2006, p. 40), na medida em que estes se revelam a própria garantia da dignidade da pessoa humana, como observado pelo Ministro Gilmar Mendes no RE 466.343 (p. 5).

Em sintonia com esse contexto e após apresentar um extenso rol de direitos e garantias fundamentais, o artigo 5º, § 2º, também da carta constitucional, preceitua que:

Art. 5º. (...)
§ 2º. Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Por meio desse dispositivo, resta claro que o rol dos direitos e garantias fundamentais não é exaustivo, mas exemplificativo, admitindo a integração de novos direitos que venham a ser considerados na ordem internacional e reconhecidos pelo Brasil na ordem interna. É a lição de Scarlet (2006, p. 140):

o alcance do art. 5º, §2º, de nossa Constituição, que outra finalidade não possui senão a de viabilizar a incorporação de outros direitos fundamentais que não tenham sido expressamente previstos. Com efeito, objetivo precípua da consagração, pela nossa Carta, do princípio da não-tipicidade na esfera dos direitos fundamentais certamente não é o de restringir, mas, sim, o de ampliar e completar o catálogo dos direitos fundamentais, integrando, além disso, a ordem constitucional interna com a comunidade internacional.

Portanto, a atual Constituição se caracteriza como um documento de natureza aberta (abertura constitucional) ao direito internacional que trata acerca dos direitos humanos.

Mas qual o alcance que se deve ser conferido ao termo tratado empregado no dispositivo acima citado?

A expressão “tratados internacionais”, de que se valeu o legislador constituinte, é um termo genérico que agrega diversos documentos, a saber: o tratado, a convenção, o pacto, protocolo, resoluções, estatutos⁶⁹.

A interpretação de forma diversa implicaria, atendo-se ao sentido literal da expressão, na desconsideração de importantes documentos de direitos humanos, como a Convenção Americana de Direitos Humanos (OEA) e o Pacto Internacional sobre direitos civis e políticos da ONU (SARLET, 2006, p. 140).

Para que os documentos internacionais sejam incorporados, a Constituição Federal disciplina o processo de formação nos artigos 84, VIII, e 49, I:

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

(...)

VIII – celebrar tratados, convenções e atos internacionais, sujeitos a referendo do Congresso Nacional.

Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional:

I – Resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional.

Em um primeiro momento, representando o Brasil, o Presidente da República manifesta a intenção de sujeição do país ao estatuído no documento internacional.

Posteriormente, o Congresso Nacional delibera acerca do conteúdo desse documento; no caso de anuência, expedir-se-á um Decreto-legislativo.

Numa terceira fase, a promulgação é realizada por um Decreto do Presidente da República, momento no qual se conclui o processo de adesão e incorporação da norma internacional ao ordenamento jurídico brasileiro, isto é, passando a ser também norma interna e, portanto, de natureza cogente.^{70 71}

⁶⁹ De acordo com o ONU: “Tratados são atos bilaterais ou multilaterais aos quais se deseja atribuir especial relevância política. A palavra convenção costuma ser empregada para designar atos multilaterais, oriundos de conferências internacionais e que abordem assunto de interesse geral. Protocolo designa acordos menos formais que os tratados. O termo é utilizado, ainda, para designar a ata final de uma conferência internacional. Resoluções são deliberações, seja no âmbito nacional ou internacional. Estatuto é um tipo de leis que expressa os princípios que regem a organização de um Estado, sociedade ou associação.” Disponível em: <<http://www.onu-brasil.org.br/documentos.php>>. Acesso em: 30 jun. 2008.

⁷⁰ Por tal ordem de idéias, entende-se que o Brasil aderiu, no tange à discussão entre a relação do direito internacional e interno, a doutrina monista, que considera o direito como uma unidade, “um sistema, e que tanto o direito internacional quanto o direito interno integram esse sistema” (BARROSO, 2003, p. 16).

⁷¹ Nesse sentido Moraes (2003, 451).

Para que esse documento passe a produzir efeitos também na ordem externa, o Presidente da República deve apresentar o instrumento de ratificação (PIOVESAN, 2006, p. 47), que representa o aceite definitivo ao conteúdo do documento internacional.

Tendo em vista a previsão constante no artigo 5º, §2º, da Constituição Federal de 1988, conclui-se pela natureza distinta de duas espécies de tratados, o dos que vinculam normas de direitos humanos e daqueles que tratam de assuntos diversos.

Não há dúvida de que em face do art. 1º, III, c/c art. 4º, II, e art. 5º, §2º, aos tratados internacionais de direitos humanos se dispensa um status normativo diferenciado; por outro lado, ainda assim, a fixação da hierarquia a ser atribuída aos mesmos constitui tema de inúmeros e calorosos debates.

A natureza especial dos tratados de direitos humanos se tornou mais evidente com a reforma promovida pela Emenda Constitucional nº 45/2004, que acrescentou o §3º, ao artigo 5º, vejamos:

“§3º. Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.”

De todos os esforços doutrinários empregados na tentativa de equacionar o problema, quatro teorias foram elaboradas, a saber: a) natureza supraconstitucional dos tratados e convenções de direitos humanos; b) natureza constitucional; c) natureza supralegal; d) natureza equivalente à da lei ordinária federal (PIOVESAN, 2006, p. 71).

A primeira corrente não encontra amparo na sistemática ínsita à Constituição, porquanto, como acima discorrido, é o próprio texto que regra a introdução do tratado ao ordenamento nacional. Ademais, o exame da constitucionalidade dos tratados é possível com espeque no art. 102, III, *b*, ou seja, em sede de recurso extraordinário (voto do Min. Sepúlveda Pertence no RHC 79.785-7/RJ). Logo, a tese da supraconstitucionalidade não merece ser acolhida, pois vigora no ordenamento brasileiro o princípio da supremacia constitucional.

A segunda corrente defende a natureza constitucional dos tratados de direitos humanos, com força no artigo 5º, §2º, da CF.

Por sua vez, a terceira vertente parte da concepção de que as normas internacionais de direitos humanos ocupariam um lugar de destaque no ordenamento nacional, porém abaixo da Constituição Federal e acima da legislação infraconstitucional, em decorrência das alterações promovidas pela EC nº 45/2004.

A última e quarta corrente equiparam as referidas normas àquelas que formam a legislação ordinária federal.

Este posicionamento foi o adotado pelo Supremo Tribunal Federal desde 1977, formado por ocasião do julgamento do recurso extraordinário nº 80.004/SE, em relação a todas as espécies de tratados, inclusive no que toca aos tratados de direitos humanos.

Velloso (2004, p. 37) lembra que nesse julgamento o voto decisivo partiu do Ministro Leitão de Abreu, pois equacionou adequadamente o problema:

Segundo Leitão de Abreu, a lei posterior não revoga o tratado anterior, “mas simplesmente afasta, enquanto em vigor, as normas do tratado com ela incompatíveis”, pelo que “voltará ele a aplicar-se, se revogada a lei que impediu a aplicação das prescrições nele consubstanciadas”.

Assim, conforme asseverado por Barroso (2003, p. 19):

... a orientação da mais alta Corte é a do monismo moderado, em que o tratado se incorpora ao direito interno no mesmo nível hierárquico da lei ordinária, sujeitando-se ao princípio consolidado: em caso de conflito, não se colocando a questão em termos de regra geral e regra particular, prevalece a norma posterior sobre a anterior.

Convém salientar que em determinadas situações tem se reconhecido a prevalência dos tratados em relação às normas **infra-constitucionais**: a) no que toca à legislação tributária, reconhece-se a preponderância das normas internacionais em face da legislação interna, em virtude do artigo 98 do Código Tributário Nacional⁷², contudo apenas nos casos em que se cuide de tratados de natureza contratual, ou melhor, em temas negociais específicos (LEITE, 2005, p. 17); b) e quanto aos casos de extradição, consideram-se os tratados como regra especial que prevalece sobre a geral, na espécie a lei nº 6.815/1980 (Estatuto do Estrangeiro).

⁷² “Os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observadas pela que lhes sobrevenha.”

Durante todos esses anos não se firmou como uma concepção admitida por todos os integrantes da nossa corte constitucional. Com efeito, o Ministro Sepúlveda Pertence no RHC nº 79.785-7-RJ deixou manifesto que:

Se assim é, à primeira vista, parificar as leis ordinárias os tratados a quem alude o art. 5º, § 2º, da Constituição, **seria esvaziar de muito do seu sentido sutil a inovação**, que, malgrado os termos equívocos do seu enunciado, traduziu uma abertura significativa ao movimento de internacionalização dos direitos humanos.

Ainda sem certezas suficientemente amadurecidas, tendo assim – aproximando-me, creio, da linha desenvolvida no Brasil por Cançado Trindade (e.q., Memorial cit., ibidem, p. 43) e pela ilustrada Flávia Piovesan (A Constituição Brasileira de 1988 e os Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos, em E. Boucault e N. Araújo (órgão), Os Direitos Humanos e o Direito Interno) – a aceitar a outorga de força supra-legal às convenções de direitos humanos, de modo a dar aplicação diretas às suas normas – até, se necessário, contra a lei ordinária – sempre que, sem ferir a Constituição, **a complementem, especificando ou ampliando os direitos e garantias dela constantes**. (p. 19 – grifou-se)

No mesmo sentido o Ministro Carlos Velloso (2004, p. 41), *verbis*:

... no caso de tratar-se de direito e garantia decorrente de Tratado firmado pelo Brasil, a incorporação desse direito e garantia, ao direito interno, dá-se com *status* constitucional, assim como primazia sobre o direito comum. É o que deflui, claramente, do disposto no mencionado §2º do art. 5º da Constituição da República.

Entretanto, felizmente, o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, na atual conjuntura, passa por uma profunda reflexão em virtude da evolução mundial da compreensão de que o direito deve ser concebido a partir do respeito aos direitos humanos.

O que se observa do julgamento dos RE nº 466.343-SP, HC nº 87.585-TO e RE nº 349.703/RS, em que se discutiu a inconstitucionalidade da prisão civil do depositário infiel no caso de alienação fiduciária em face da previsão constante no Pacto de São José da Costa Rica (art. 7, nº 7).

Nesses dois casos mais uma vez o STF foi provocado a se manifestar acerca da hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro.

Em 03.12.2008 a Suprema Corte, por maioria, concluiu o julgamento dos referidos processos e decidiu pelo *status* hierárquico supralegal das normas de tratados de direitos humanos.

O Ministro Gilmar Mendes considerou um “risco para a segurança jurídica” a equiparação dos tratados e convenções sobre direitos humanos ao texto da constituição, cuja orientação foi seguida pelos também Ministros Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Menezes Direito e Carlos Britto.

Nesse ponto restaram vencidos os Ministros Celso de Mello, Cezar Peluso, Eros Grau e Ellen Gracie, que defendiam o status constitucional dos tratados sobre direitos humanos.

De qualquer forma, estabelece-se, conseqüentemente, o primado dos tratados de direitos humanos sobre toda a legislação infra-constitucional, a qual deverá adequada e interpretada segundo seus preceitos, inclusive vinculando a atividade do legislador ordinário.

Assim, quanto aos tratados de direitos humanos se lhe atribui um status de norma supralegal, ou seja, inferior à Constituição, mas superior à legislação infra-constitucional. Quanto aos demais tratados permanece, acertadamente, a vertente que os enquadram no mesmo nível hierárquico das leis ordinárias.

Com a posição majoritária do Supremo Tribunal Federal, apesar da evolução advinda dessa concepção, à qual se presta homenagens, não se pode concordar, pois não se ajusta ao verdadeiro sentido e alcance pretendido pelo texto constitucional.

Isso por que, nada obstante os exemplos de direito comparado invocados (França e Grécia), entende-se que essa solução implicaria em tornar letra morta o §2º, do art. 5º, bem como despreza o desenvolvimento doutrinário da teoria dos direitos material e formalmente constitucionais.

Além disso, diminui o princípio da máxima efetivação das normas constitucionais e conseqüentemente estreita a abertura para a formação do bloco de constitucionalidade.

Por outro lado, quanto à vertente que atribuiu natureza constitucional aos tratados de direitos humanos diversos argumentos se alinham em seu favor.

O primeiro deles se extrai da interpretação sistemática do texto constitucional, acima já referido, decorrente do art. I, III, c/c art. 4, II, pois a dignidade humana e os direitos humanos como sua garantia foram erigidos em fundamentos jurídicos e sociais brasileiros.

Em segundo lugar, não se pode esquecer a antiga e conhecida máxima *verba cum effecta, sunt accipienda*, ou seja, não se presumem, na lei, palavras inúteis.

Como leciona Maximiliano (2003, p. 204): “As expressões do Direito interpretam-se de modo que não resultem frases sem significação real, vocábulos supérfluos, ociosos, inúteis”.

É o caso do artigo 5º, §2º, na medida em que, ao não se reconhecer a estatura constitucional das normas oriundas de tratados internacionais se estará deixando-o sem sentido (PIOVESAN, 2006, p. 54).

Em terceiro lugar, deve-se atentar para o fato de que tais tratados difundem valores reconhecidos internacionalmente e de extrema importância para o gênero humano, razão última do direito.

Por tal razão, os tratados de direitos humanos possuem natureza distinta e, logo, não se lhes pode aplicar o regime pertinente aos tratados clássicos: é o que se infere do texto constitucional.

Há muito, parte significativa dos doutrinadores já apontavam a solução nesse caminho, por exemplo: Piovesan (2006, p. 64), Trindade (2000, p. 140), Sarlet (2006, p. 144), Rocha (1996, p. 81), Mazzuoli (2005, p. 105), entre outros. Entre os processualistas citam-se Gomes Filho (1997, p. 82-83), Queijo (2003, p. 64), Lopes Jr. (2006, p. 111) e Suannes (2004, p. 290).

Como arrazoado por Trindade (2000, p. 140):

Se houvesse uma clara compreensão em nosso país do amplo alcance das obrigações convencionais internacionais em matéria de proteção dos direitos humanos, muitas dúvidas e incertezas que parecem circundar o atual debate sobre a matéria já teriam sido esclarecidas e superadas.

O Ministro Celso de Mello, no voto proferido no HC nº 87.585-TO, modificou seu entendimento quanto ao tema:

Como **precedentemente** salientei **neste voto, e após detida reflexão** em torno dos fundamentos e critérios que me orientaram em julgamentos anteriores (RTJ 179/493-496, v.g.), **evoluo**, Senhora Presidente, **no sentido de atribuir**, aos tratados internacionais **em matéria** de direitos humanos, **superioridade jurídica** em face **da generalidade** da leis **internas** brasileiras, **reconhecendo**, a referidas convenções internacionais, **nos termos** que venho de expor, **qualificação constitucional**. (p. 44)

Reconhecida a natureza constitucional dos tratados de direitos humanos, conclui-se pela existência de três espécies de direitos e garantias fundamentais na carta magna, a saber: “a) direitos e garantias expressos na Constituição; b) direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Constituição; c)

direitos e garantias inscritos nos tratados internacionais firmados pelo Brasil (Constituição Federal, art. 5º, §2º)” (VELLOSO, 2004, p. 39).

A inserção do § 3º, no art. 5º, promovida pela Emenda Constitucional nº 45/2004, possibilita que se confira aos tratados de direitos humanos natureza formalmente constitucional.

Para tanto, será preciso que o tratado seja submetido ao procedimento de elaboração das Emendas Constitucionais, ou seja, desde que “aprovados, em cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros”.

Dessa forma, a todos os tratados já incorporados antes da referida Emenda, bem como a todos os que no futuro o sejam, possuem natureza material de norma constitucional, por força do §2º, do art. 5º.

No entanto, pode-se agregar aos mesmos, em qualquer momento, inclusive aos já incorporados antes da mencionada Emenda, também a natureza formal de norma constitucional, que significa a incorporação expressa ao texto legal da Constituição.

Esse posicionamento é defendido na doutrina por Piovesan (2006, p. 74) e Sarlet (2006, p. 150).

Vale recordar neste ponto a lição de Canotilho (2007, p. 403):

Os direitos consagrados e reconhecidos pela constituição designam-se, por vezes, **direitos fundamentais formalmente constitucionais**, porque eles são enunciados e protegidos por normas com valor constitucional formal (normas que têm a forma constitucional). A constituição admite, porém, outros direitos fundamentais constantes das leis e regras aplicáveis de direito internacional. Em virtude de as normas que as reconhecem e protegem não terem a forma constitucional, estes direitos são chamados **direitos materialmente fundamentais**.

Assim, após a Emenda Constitucional nº 45/2004, é possível fundamentar a coexistência de dois tipos de tratados de direitos humanos, a saber: os materialmente constitucionais e os material e formalmente constitucionais (PIOVESAN, 2006, p. 74).

6 NATUREZA JURÍDICA E CARACTERÍSTICAS DO PRINCÍPIO *NEMO TENETUR SE DETEGERE*

A concepção acerca da natureza jurídica do princípio *nemo tenetur se detegere* ainda é objeto de grandes debates. Muitas vezes em nome do combate à criminalidade, a própria sociedade e parte dos operadores jurídicos (agentes policiais, membros do Ministério Público e do Judiciário) procuram minimizar sua abrangência. E não se trata de um fenômeno nacional, mas que alcança diversas nações.

Certo é que, queira ou não, o princípio foi alçado à condição de direito fundamental pela Constituição Federal de 1988, sendo possível, direta ou indiretamente, dela extrair o fundamento de sua normatização.

Adiante seguem considerações relacionando o mencionado princípio a outros de cunho processual, como o do devido processo legal, ampla defesa, contraditório e presunção de inocência. Em seguida tratar-se-á da incorporação do princípio *nemo tenetur se detegere* pelos tratados de defesa dos direitos humanos.

6.1 Da Relação entre os Princípios do Devido Processo Legal e o *Nemo Tenetur se Detegere*

O germe do princípio do devido processo legal remonta à Magna Carta inglesa de 15.06.1215, assinada pelo Rei João, Sem Terra, especialmente o artigo 39⁷³, ao se referir à lei da terra (*law of the land*) que assim dispõe:

Nenhum homem livre será detido ou preso, nem privado de seus bens (*disseisiatur*), banido (*utlagetur*) ou exilado ou, de algum modo, prejudicado (*destruatur*), nem agiremos ou mandaremos agir contra eles, senão mediante um juízo legal de seus pares ou segundo a lei da terra (*nisi per legale iudicium parium suorum vel per legem terre*) (COMPARATO, 2007, p. 85).

Sem sombra de dúvida é um marco histórico, porquanto se intentava vincular o poder do soberano às leis editadas.

⁷³ Canotilho (2007, p. 492); Nery Jr. (2004, p. 61); Fernandes (2000, p. 43).

Na verdade, tratava-se de um movimento elitista (barões apoiados pela igreja) na tentativa (que posteriormente obteve êxito) de fixar os limites dos poderes conferidos ao monarca com a conseqüente delimitação das regras a serem observadas no tratamento de questões envolvendo a vida, liberdade e propriedade dos súditos.

Enfraquecia-se o arbítrio e fortalecia-se o poder da lei, na medida em que se buscava observar uma forma pré-estabelecida para a apuração dos fatos e estabelecia a via judicial, por meio do processo, como o caminho adequado para se atingir esse desiderato.

No tocante ao princípio em exame, Canotilho (2007, p. 493) afirma que:

Processo devido em direito significa a obrigatoriedade da observância de um tipo de processo legalmente previsto antes de alguém ser privado da vida, da liberdade e da propriedade. Nestes termos, o processo devido é o processo previsto na lei para a *aplicação de penas privativas* da vida, da liberdade e da propriedade. Dito ainda por outras palavras: *due process* equivale ao *processo justo definido* por lei para se *dizer o direito* no momento jurisdicional de aplicação de sanções criminais particularmente graves.

Convêm lembrar que o conceito de Estado de Direito também passa a ser construído a partir deste ponto, na medida em que guarda estreita relação com o princípio do devido processo legal, já que aquele nada mais é do que o Estado orientado e zeloso pelo cumprimento das leis editadas pelo parlamento.

Ademais, a Carta Magna inglesa teve a virtude de reconhecer determinados direitos que existiam:

independentemente do consentimento do monarca, e não podiam, por conseguinte, ser modificados por ele. Aí está a pedra angular para a construção da democracia moderna: o poder dos governantes passa a ser limitado, não apenas por normas superiores, fundadas no costume ou religião, mas também por direitos subjetivos dos governados (COMPARATO, 2007, p. 80).

A expressão devido processo legal (*due process of law*), no entanto, passou a ser utilizada anos mais tarde, em 1354, na Lei denominada *Statute of the Liberties of London*, durante o reinado de Eduardo III (NERY Jr., 2004, p. 61).

Naturalmente, os imigrantes ingleses levaram consigo essa conquista durante o processo de fixação das colônias americanas, resultando, posteriormente, na sua

incorporação ao texto constitucional por meio da 5ª e 14ª emenda (FERNANDES, 2000, p. 44).

SOUZZA Neto (2006, p. 114) recorda que o princípio também foi albergado pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, promulgada pela Organização das Nações Unidas, em 10.12.1948, em cujo artigo VIII proclama que: “Todo homem tem direito de receber dos tribunais nacionais competentes remédio efetivo para os atos que violem os direitos fundamentais que lhe sejam reconhecidos pela Constituição ou pela lei” (COMPARATO, 2007, p. 236).

Graças ao reconhecimento de sua importância como uma conquista dos povos civilizados, a Constituição Federal de 1988, expressamente, reconheceu o mencionado princípio e a ele atribuiu *status* de direito fundamental, *verbis*: “Art. 5º: (...) LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Assim como o texto inglês e norte-americano, nossa Constituição Federal busca proteger os valores vida, liberdade e propriedade (NERY Jr., 2004, p. 64).

Orienta Cintra, Grinover e Dinamarco (1995, p. 82)⁷⁴ que tal dispositivo deve ser compreendido sob uma dúplici perspectiva, isto é, (a) como um direito subjetivo do indivíduo ao processo como instrumento à obtenção de um pronunciamento judicial válida e, ainda, (b) uma necessidade de conformação da atuação Estatal. Vejamos:

... o conjunto de garantias constitucionais que, de um lado, asseguram às partes o exercício de suas faculdades e poderes processuais e, de outro, são indispensáveis ao correto exercício da jurisdição. Garantias que não servem apenas aos interesses das partes, como direitos públicos subjetivos (ou poderes e faculdades processuais) destas, mas que configuram, antes de mais nada, a salvaguarda do próprio processo, objetivamente considerado, como fator legitimante do exercício da jurisdição.

Apesar de na origem o princípio ter possuído uma marca fortemente voltada ao âmbito penal, modernamente concebe-se sua abrangência a todos os ramos do direito (civil, administrativo, tributário etc).

Vale ainda destacar que o devido processo legal ocupa o centro do sistema processual, na medida em que é o caminho que leva ao encontro do “processo legítimo, justo e equilibrado” (RAMOS, 2006, p. 156).

⁷⁴ Nesse sentido também SOUZA Netto (2006, p. 117) e GRECO Filho (1999, p. 61).

Como disse NERY Jr. (2004, p. 60), bastaria que a Constituição preceituasse o princípio ora em exame para que todas as demais garantias processuais também os fossem, uma vez que são corolários daquele. E arremata: “É, por assim dizer, o gênero do qual todos os demais princípios constitucionais do processo são espécies”.

De fato, quanto ao seu conteúdo, dada a sua natureza, extraí-se uma série de outros princípios constitucionais que informam toda a seara processual, tais como: a ampla defesa, o contraditório, a igualdade entre as partes, a publicidade (art. 5º, LX), o dever de motivação das decisões judiciais (art. 93, IX), a inadmissibilidade da provas obtidas por meio ilícito (art. 5º, LVI).

Em razão das especificidades verificadas no âmbito processual penal, do devido processo legal inferem-se outros corolários constitucionais (art. 5º), os quais foram elencados por Tucci (2004, p. 75-76), da seguinte forma: o princípio da reserva legal (XXXIX), a irretroatividade da lei penal (XL), a intocabilidade da coisa julgada penal (XXXVI), a preservação da vida e da integridade física do acusado (III), a conhecer a identificação dos responsáveis por sua prisão ou interrogatório policial (LXIV), a inviolabilidade do domicílio (XI), a assecuração do sigilo da correspondência e de outras formas de comunicação e de informação (XII), presunção de inocência (LVII), insubmissão à identificação criminal quando já o é civilmente (LVIII), imediata comunicação da prisão ao juiz competente e à família (LXII), o direito à liberdade provisória, quando previsto em lei (LXVI).

Daí a razão de alguns autores se referirem a devido processo penal, tais como Tucci (2004, p. 67) e Fernandes (2000, p. 44).

Por outro lado, se em um primeiro momento o devido processo legal se referia apenas ao processo, a jurisprudência da Suprema Corte norte-americana, a partir da metade do século XIX⁷⁵, iniciou o desenvolvimento e estendeu sua abrangência também às regras de direito material.

Em razão desse fenômeno passou-se a afirmar que o princípio do devido processo legal, além da dimensão processual, também possui um conteúdo material ou substancial (*substantive due process*).

⁷⁵ Segundo RAMOS (2006, p. 170) os dois primeiros casos em que a Suprema Corte examinou o princípio do devido processo legal sob a perspectiva substancial foi em 1856 em *Murray's Lessee v. Hoboken Land & Improvement Co.*, 59 US (18 How.) 272 (1856) e *Dred Scott v. John F. A. Sandford*, 60 US (19 How.) 393 (1856).

Passou-se a compreender que a aplicação da lei deveria ser alvo de profunda reflexão e não de mera aplicação mecânica, uma vez que, ela mesma, poderia ser um veículo de injustiça e conseqüente agressão aos direitos assegurados constitucionalmente.

É o que esclarece Souza Netto (2006, p. 117):

O constitucionalismo norte-americano não se limitou a exigir do Estado que assegurasse um processo devidamente ordenado. As próprias regras de direito material a serem aplicadas deveriam ser razoáveis, não arbitrárias, nem caprichosas, cabendo aos magistrados e legisladores a adoção de meios que tivessem um real e substancial nexó com o objetivo que se menciona atingir.

Com efeito, a lei para ser considerada justa e adequada, além de serem observadas todas as exigências para a sua correta elaboração (processo legislativo), também não poderá, sem graves motivos, dispor arbitrariamente acerca dos valores vida, liberdade e propriedade dos indivíduos (CANOTILHO, 2007, p. 494).

Porém, o grande diferencial se assentou na compreensão de que cabe ao Poder Judiciário o dever, quando provocado, de examinar a possibilidade do conteúdo legislativo violar (ou não) os princípios constitucionais num dado caso concreto, podendo afastar, em caso positivo, sua aplicação.

Os parâmetros a serem seguidos pelo Judiciário, de acordo com Canotilho (2007, p. 495), são os direitos e garantias fundamentais previstos nas Constituições, bem como os “direitos de natureza análoga constantes de leis ou de convenções internacionais.”

Assim, o Poder Judiciário se afirma como o guardião da constituição, exigindo uma atividade valorativa de seus princípios e regras, adequando a legislação infra-constitucional à realidade social e ao momento histórico (SOUZA Netto, 2006, p. 119).

Na experiência brasileira, o Supremo Tribunal Federal em algumas oportunidades tem manifestado o reconhecimento do princípio do devido processo legal substancial, conforme se vê no acórdão proferido na ADIn nº 1.231/DF e nas decisões monocráticas RE nº 543.318/SC e AI nº 583.650/RS.

No tocante ao processo penal, o princípio *nemo tenetur se detegere* também se apresenta como uma das garantias decorrentes do princípio do devido processo legal.

Observa-se em sua origem histórica, acima relatada, que foi o primeiro princípio albergado pelo garantismo penal (FERRAJOLI, 2006, p. 560).

De fato, o ideal de um processo justo, não arbitrário, apenas se concebe com o respeito à integridade física e moral do acusado, ou seja, impedindo procedimentos calcados na extração da confissão pela violência física ou métodos que atuem sob a psique, tais como o juramento, a utilização de substâncias farmacológicas, a hipnose, e outros métodos semelhantes (NEVES, 1960, p. 16; GOMES Filho, 1997, p. 116).

Aliás, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, em seu artigo V, declara que “ninguém será submetido a tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante”.

Não é por outra razão que, em redação semelhante, a Constituição Federal de 1988 também consagrou, no art. 5º, III, que “ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante”, em consonância com o seu art. 1º, III, que dispõem do respeito à dignidade da pessoa humana.

Dentre os doutrinadores, Tucci (2002, p. 221), Dotti (2000, p. 426), Queijo (2003, p. 73), Couceiro (2004, p. 155) e Albuquerque (2008, p. 38) defendem expressamente que o princípio *nemo tenetur se detegere* encontra respaldo constitucional na cláusula do devido processo legal.

Nesse sentido, ainda, a decisão proferida pela 1ª Turma do STF, no Habeas corpus nº 68.929/SP, relator Ministro Celso de Mello (“O direito de permanecer em silêncio insere-se no alcance concreto da cláusula constitucional do devido processo legal”).

6.2 Dos Princípios da Ampla Defesa e Contraditório e a Relação com o *Nemo Tenetur se Detegere*

Como um dos corolários do devido processo legal, os princípios da ampla defesa e contraditório definem alguns de seus contornos mais significativos.

De fato, ressalta Greco Filho (1999, p. 71) sua importância alçando-o à condição “da garantia mais importante e ao redor da qual todo o processo gravita”.

Na ordem internacional foi contemplado, como um objetivo a ser perseguido por todos os povos e culturas, no artigo X, da Declaração dos Direitos do Homem de 1948: “Todo homem tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir de seus direitos e deveres, ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele” (COMPARATO, 2007, p. 236).

Lembra Fernandes (2000, p. 253) que o princípio constou em todas as cartas constitucionais anteriores à de 1988, fazendo parte da tradição jurídica brasileira, a saber: “1824, art. 179, VIII; 1891, art. 72, § 16; 1934, art. 113, n. 24; 1937, art. 122, n. 11, segunda parte; 1946, art. 141, § 25; 1967, art. 150, § 15, e, com a Emenda de 1969, art. 153, § 15.”

Atualmente está previsto no art. 5º, inciso LV, *verbis*: “Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.”⁷⁶

Deve-se observar, num primeiro momento, que os princípios da ampla defesa e do contraditório foram reunidos no mesmo dispositivo constitucional.

Não se trata de mera causalidade, mas decorre da indissolúvel ligação entre ambos, uma vez que decorrem do devido processo legal.

Teoricamente é possível distingui-los e até procurar uma justificação para a primazia de um sobre o outro.

Fernandes (2000, p. 255) entende que não se verifica nenhuma relação de primazia ou derivação entre ambos, mas que são manifestação do devido processo legal atuando simultaneamente no processo.

Entretanto, na prática, conforme apontado por Lopes Jr. (2006a, p. 232), a tênue linha divisora se desfaz ante a realidade do processo, permitindo-se tratá-los como se um só fosse.

Em verdade, compreendem-se os princípios como as faces da mesma moeda, na medida em que um não subsiste sem o outro, revelando-se o contraditório na própria exteriorização da ampla defesa (MORAES, 2000, p. 117) ou, ainda, seu instrumento técnico (GRECO Filho, 1999, p. 62).

⁷⁶ Como dito por Mittermaier: “ (...) mirando las cosas desde el punto de vista del acusado, no puede negarse a éste el derecho de exigir, antes de que la condena se haga posible, la prueba completa de los hechos que se le imputam, y cuya sola existencia le hace acreedor a la pena señalada” (1979, p. 136).

Portanto, o direito de defesa compreende a oportunidade do acusado tomar conhecimento das imputações a ele dirigidas, bem como a possibilidade de demonstrar a inconsistência das mesmas ou abrandar as conseqüências jurídico-penais (SOUZA Neto, 2006, p. 123). Nesse sentido a lição de Almeida (1973, p. 107):

A verdade atingida pela justiça não pode e não deve valer em juízo sem que haja oportunidade de defesa ao indiciado. É preciso que seja o julgamento precedido de atos inequívocos de comunicação ao réu: de que vai ser acusado; dos termos precisos dessa acusação; e de seus fundamentos de fato (provas) e de direito. Necessário também é que essa comunicação seja feita a tempo de possibilitar a contrariedade (...). É preciso, também, que efetivamente compareça e tome parte nos debates o réu.

O fundamento ético da defesa subsiste na concepção de que a finalidade do processo penal é a realização do direito e não se esgotando na tentativa da busca da verdade, conforme ensina Pimenta (1989, p. 167):

O processo há de ter uma estrutura dialógica. Com efeito, alcançar-se a verdade material depende, em larga medida, da possibilidade de exercício de diálogo entre os sujeitos processuais interessados na questão a resolver, *máxime* entre a acusação e a defesa. É este *diálogo controversial* que estabelece a comunhão do conhecimento sobre o tema do processo. Assim, no fenômeno processual não cabem *monólogos solitários* da acusação, que não são meios adequados à realização das apontadas finalidades do processo penal.

Confira-se, também, Dias (1984, p. 157) quando afirma que:

(...) a actual compreensão do processo penal, à luz das concepções do Homem, do Direito e do Estado que nos regem, implica que a declaração do direito no caso penal concreto não seja *apenas* tarefa do juiz ou do tribunal (concepção carismática do processo), mas tenha de ser **tarefa de todos os que participam no processo (concepção democrática do processo) e se encontrem em situação de influir naquela declaração do direito, de acordo com a posição e função processuais que cada um assumam.** (grifou-se)

Tais características são denominadas por Tucci (2004, p. 176) como direito à informação (*nemo inauditus damnari potest*) e bilateralidade da audiência (contraditoriedade).

E para que o princípio da ampla defesa encontre efetiva concretização, acrescenta esse autor (2004, p. 196), ainda, um terceiro requisito, o direito à prova legitimamente obtida ou produzida, ou seja, mediante a outorga de um tratamento

igualitário às partes quanto à produção de provas, bem como ao direito à exclusão daquelas obtidas por meio ilícito (art. 5º, LVI, da CF).

A propósito, as considerações expendidas pelo Ministro Gilmar Mendes, no RE nº 426.147-Agr/TO, no que toca ao art. 5º, LV, amparadas na doutrina alemã:

Daí afirmar-se, correntemente, que a pretensão à tutela jurídica, que corresponde exatamente à garantia consagrada no art. 5º, LV, da Constituição, contém os seguintes direitos:

1) direito de informação (*Recht auf Information*), que obriga o órgão julgador a informar à parte contrária dos atos praticados no processo e sobre os elementos dele constantes;

2) direito de manifestação (*Recht auf Äusserung*), que assegura ao defendente a possibilidade de manifestar-se oralmente ou por escrito sobre os elementos fáticos e jurídicos constantes do processo;

3) direito de ver seus argumentos considerados (*Recht auf Berücksichtigung*), que exige do julgador capacidade, apreensão e isenção de ânimo (*Aufnahmefähigkeit und Aufnahmebereitschaft*) para contemplar as razões apresentadas.

Quanto à sua incidência, resta claro que nossa carta constitucional garante o direito à ampla defesa a todos os momentos processuais, administrativo ou judicial.

Logo, insustentável a tese daqueles que entendem pela sua não aplicação no inquérito policial, sob o fundamento deste possuir natureza inquisitória (MIRABETE, 2003, p. 45; TOURINHO Filho, 2001, p. 455).

Ora, na medida em que o inquérito policial se presta, mormente, à colheita de elementos esclarecedores dos fatos e suas circunstâncias (art. 6º do CPP), estando ao alcance e não se revelando dispensável, as diligências requeridas pelo investigado ou indiciado devem ser seriamente consideradas e levadas a efeito pela autoridade policial, o indeferimento deve ser devidamente fundamentado. Essa sim é a interpretação moderna a se dar ao art. 14 do CPP, extraída sob o pálio da vigente Constituição.

Não se tolerando o que se denomina de “quadro mental paranóico”, ou seja, antes se decide e após busca-se material probatório para confirmar a tese elegida (COUTINHO, 1998, p. 178)⁷⁷.

⁷⁷ Segundo Altavilla: “Ocorrido um crime, algumas vezes produz-se uma súbita orientação para uma determinada versão, o que significa a individualização de um presumível culpado. Cria-se assim, no espírito do investigador, uma tese, de que é necessário demonstrar a verdade, à qual ele liga uma especial razão de orgulho, como se, a demonstra-se que errou, tal constituísse uma razão de demérito. Ele empenha-se, por conseguinte, numa batalha para averiguar o que considera ser a verdade, na qual são sobrevalorizados todos os elementos favoráveis e diminuído o valor dos contrários até ao ponto de não serem tomados em consideração num auto, o que leva a fazer uma

Tucci (2004, p. 176) entende que o princípio se estende “desde a fase pré-processual da investigação criminal, até o final do processo de conhecimento, ou do de execução, seja absolutória ou condenatória a sentença proferida naquele.”

Da mesma forma Lopes Jr. (2006b, p. 353), porquanto “o sujeito passivo da investigação preliminar” subsume-se perfeitamente na condição de “acusados em geral” em processo administrativo, natureza à qual pertence o inquérito policial, conforme preceituado no art. 5º, LV, da Constituição Federal.

No processo penal a ampla defesa assume contornos próprios, na medida em que se desdobra na defesa técnica e autodefesa.

A superioridade do Estado em face do indivíduo se revela com a estrutura voltada à repressão criminal, formada pela Polícia Judiciária (art. 144 da CF) e o Ministério Público (art. 127 da CF): o primeiro responsável pela investigação e apuração dos fatos e o segundo pela representação dos interesses comunitários em Juízo.

O acusado, na maioria dos casos sem formação jurídica, deve ter sua defesa técnica necessariamente formulada por um advogado, ou seja, um profissional do direito, a quem cabe velar por seus interesses.

A defesa técnica, portanto, tem por objetivo proporcionar um desejável equilíbrio de forças entre a acusação e a defesa, ou seja, igualar as condições técnicas das partes envolvidas no caso deduzido em juízo (TUCCI, 2004, p. 186).⁷⁸

No atual estágio do desenvolvimento jurídico, não mais se concebe a ação penal sem a correspondente defesa. De fato, além da previsão constitucional, o direito à defesa técnica consta no art. 14, 3, *d*, do Pacto Internacional de Direitos

reconstituição de conjunto destinada a tornar críveis os pormenores convergentes e a desacreditar os contrários” (1982, p. 513).

⁷⁸ Ferrajoli (2006, p. 565) afirma que “para que a disputa se desenvolva lealmente e com paridade de armas, é necessário, por outro lado, a perfeita igualdade entre as partes: em primeiro lugar, que a defesa seja dotada das mesmas capacidades e dos mesmos poderes da acusação; em segundo lugar, que o seu papel contraditor seja admitido em todo Estado e grau do procedimento e em relação a cada ato probatório singular, das averiguações judiciárias e das perícias ao interrogatório do imputado, dos reconhecimentos aos testemunhos e às acareações.”

Civis e Políticos⁷⁹, da ONU, e no art. 8, 2, d, da Convenção Americana sobre Direitos humanos⁸⁰, da OEA, bem como no art. 261 do atual Código de Processo Penal⁸¹.

Trata-se de direito também do acusado revel⁸², bem como do desfavorecido economicamente, a quem lhe será concedida a assistência judiciária integral e gratuita nos termos do art. 5º, LXXIV, da CF.

Caracteriza-se por ser obrigatória mesmo contra a vontade do acusado, ou seja, um direito indisponível, cuja violação é causa de nulidade absoluta da demanda.

Ensina Marques (1965, p. 67) que o réu não pode dispor da defesa, porquanto se cuida de direito constitucionalmente assegurado e, ainda, pelo interesse do Estado na legitimação do processo.

Recentemente o Supremo Tribunal Federal decidiu no RE nº 459.518, que:

Processo penal — Interrogatório — Assistência técnica. A exigência de defesa técnica para observância do devido processo legal impõe a presença do profissional da advocacia na audiência de interrogatório do acusado. Não bastasse o disposto no artigo 261 do Código de Processo Penal, a Lei n. 10.792/2003 apenas explicitou a formalidade de cunho nitidamente constitucional — artigo 5º, inciso LV, da Carta Federal." (RE 459.518, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 23-10-07, DJ de 1º-2-08)

Deve-se estender a todas as fases processuais, inclusive a de investigação, e ser efetiva, nunca formal, sob pena de se configurar ausência de defesa⁸³, anulando a causa, conforme enfatiza Fernandes (2000, p. 262).

Por seu turno, a autodefesa⁸⁴ compreende a possibilidade do próprio acusado, em certos momentos processuais, deduzir sua defesa.

⁷⁹ Artigo 14. 3. Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, pelo menos, à seguintes garantias: d) estar presente no julgamento e a defender-se pessoalmente ou por intermédio de defensor de sua escolha; a ser informada, caso não tenha defensor, do direito que lhe assiste e, sempre que o interesse da justiça assim exija, a ter um defensor designado ex officio gratuitamente, se não tiver meios para remunerá-lo; (COMPARATO, 2007, p. 310).

⁸⁰ "Art. 8, 2, d) direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor." Disponível em: <<http://www.mj.gov.br>>. Acesso em: 28 jul. 2008.

⁸¹ Art. 261. Nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor. Parágrafo único. A defesa técnica, quando realizada por defensor público ou dativo, será sempre exercida através de manifestação fundamentada

⁸² Faria (1942, 336) ensina que a revelia dar-se-á pela "ausência injustificada, sem excusa legítima, ou porque esteja ele foragido, ou quando, embora presente no distrito da culpa, desatender, intencionalmente, ao seu chamamento a Juízo, e não for possível trazê-lo pelo meio compulsório."

⁸³ Dispõe a súmula 523 do STF: "No processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só anulará se houver prova de prejuízo para o réu."

⁸⁴ Tourinho Filho (2001, p. 454) a denomina de *genérica*. Moura e Bastos (1993, p. 114) esclarecem que alguns doutrinadores a denomina de defesa em sentido subjetivo.

Compõe-se de três elementos, a saber: a) direito à presença; b) de postular; e c) o direito à audiência.

O direito de presença assenta-se na possibilidade de presenciar, acompanhar, assistir aos atos da instrução processual, juntamente com seu defensor técnico⁸⁵. Relevante a lição de Dias (1984, p. 432):

Como elemento constitutivo do direito de defesa do argüido, a fundamentação do direito de presença é pouco menos do que evidente: quer-se, com ele, dar ao argüido a mais ampla possibilidade de tomar posição, a todo o momento, sobre o material que possa ser feito valer processualmente contra si, ao mesmo tempo que garantir-lhe uma relação de imediação com o juiz e com as provas.

Nesse sentir, também, o entendimento de Gomes Filho (1997, p. 155), para quem a oportunidade do acusado presenciar a instrução probatória conduz a uma defesa mais eficaz, na medida em que pode fornecer ao seu defensor técnico elementos importantes na “definição da linha de perguntas e reperguntas” às testemunhas.

Com relação ao direito de postular, disserta Fernandes (2000, p. 269) que, em determinadas situações processuais, pode o acusado ou sentenciado dar o impulso inicial, apenas, mesmo sem capacidade postulatória, tais como a interposição de recursos, impetração de *habeas corpus* e a formulação de pedidos ligados à execução da pena.

O direito de audiência é o momento mais sensível da autodefesa. Concretiza-se por meio do interrogatório, onde se oportuniza ao acusado narrar os fatos, segundo sua ótica, diretamente ao magistrado da causa, influenciando na formação da convicção judicial (AZEVEDO, 1992, p. 290).

Não se trata, porém, de uma obrigação, daí porque se diz que a autodefesa se caracteriza pela renunciabilidade, ou seja, uma faculdade.

Ao invés de falar pode o acusado silenciar, calar, direito expressamente reconhecido pela Carta Magna, em seu art. 5º, LXIII⁸⁶.

⁸⁵ A segunda turma do Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, relator Min. Celso de Mello, no julgamento do HC 86.634/RJ, afirmou ser o direito de presença uma garantia constitucional da cláusula do devido processo legal e, conseqüentemente, do direito de defesa.

⁸⁶ “LXIII - O preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e advogado.”

Como aduzido por Azevedo (1992, p. 290), quer falando quer silenciando, a defesa se realiza, porquanto o silêncio pode ser uma estratégia defensiva pela qual optaram o acusado e/ou seu advogado.

Neste ponto se manifesta uma das facetas mais conhecidas do princípio *nemo tenetur se detegere*, que é o direito ao silêncio, mas que não lhe esgota o significado e alcance, porquanto abrange todas as formas de produção de provas e não apenas o interrogatório.

Logo, conclui-se que a ampla defesa se constitui, também, em uma das fundamentações constitucionais possíveis do princípio *nemo tenetur se detegere*. Sustentam esse entendimento Pimenta (1989, p. 165), Fernandes (2000, p. 267), Tourinho Filho (2001, p. 269) e Souza Netto (2006, p. 124).

6.3 Da relação entre os princípios da presunção de inocência (não-culpabilidade) e o *nemo tenetur se detegere*

Relata Ferrajoli (2006, p. 111 e 506) que já se concebia a presunção de inocência no Direito Romano, como faz prova uma passagem de Trajano (D. 48.19.5).⁸⁷

No decorrer da Idade Média europeia, com a adoção do sistema inquisitório, o princípio foi substituído por uma presunção de culpa, conforme recorda Foucault (2005, p. 37): “O suspeito, enquanto tal, merecia sempre um certo castigo; não se podia ser inocentemente objeto de suspeita.”

Entretanto, o princípio foi resgatado no século XVIII, em virtude do movimento de reforma penal desencadeado pelo Iluminismo.

Um dos seus representantes mais expressivos, Beccaria, sempre lembrado pela doutrina⁸⁸, afirmou que “um homem não pode ser considerado culpado antes da sentença do juiz; e a sociedade apenas lhe pode retirar a proteção pública depois que seja decidido que ele tenha violado as normas em que tal proteção lhe foi dada” (2006, p. 37).

⁸⁷ Ver também Lopes Jr. (2006, p. 184) e Souza Netto (2006, p. 154).

⁸⁸ Ferrajoli (2006, p. 506), Lopes Jr. (2006, p. 186) e Souza Netto (2006, p. 155)

A consagração do princípio ocorreu com Declaração dos Direitos Humanos e do Cidadão de 1789, promulgada durante a Revolução Francesa⁸⁹.

Modernamente, no final do século XIX, o princípio da presunção de inocência foi desprestigiado pela Escola Positivista Italiana, que tinha como representantes Raffaele Garófalo, Enrico Ferri e Vincenzo Manzini, assentando-se na premissa (falha) de que, se a maioria dos acusados era declarada culpada, não haveria razões para apoiar tal princípio, que não passaria de uma “extravagância” (FERRAJOLI, 2006, p. 507; DIAS, 1984, p. 214).

Essa linha de orientação foi seguida, em 1930, na elaboração do Código de Processo Penal italiano, também denominado de Código Rocco, que, por óbvio, não contemplou o princípio da presunção de inocência, servindo de fonte de inspiração para o Código de Processo Penal brasileiro de 1941, ainda em vigor, conforme se observa na 2ª página de sua Exposição de Motivos.

No âmbito internacional, porém, o princípio foi albergado na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, da ONU:

Art. XI, 1. Todo homem acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual he tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa (COMPARATO, 2007, p. 236).

Também o foi pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos: “Art. 14, 2. Toda pessoa acusada de um delito terá direito a que se presuma sua inocência enquanto não for legalmente comprovada sua culpa” (COMPARATO, 2007, p. 309).

No Brasil, em 1988, pela primeira vez na história do direito constitucional, o princípio da presunção de inocência foi elevado à condição de direito fundamental, segundo esclarece Souza Netto (2006, p. 156). Com efeito, dispõe o art. 5º, LVII, que: “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.”

Trata-se, em verdade, de mais um dos corolários do princípio do devido processo legal, cujo fundamento se assenta na liberdade (PIMENTA, 1989, p. 214) e dignidade do ser humano.

⁸⁹ “Art. 9. Como todo homem deve ser presumido inocente até que tenha sido declarado culpado, se se julgar indispensável detê-lo, todo rigor desnecessário para que seja efetuada a sua detenção deve ser severamente reprimido pela lei” (COMPARATO, 2007, p. 159).

Ou, ainda, como aduz Ferrajoli (2006, p. 506), uma garantia instituída em favor da segurança do cidadão contra punições arbitrárias do Estado.

Isso porque, conforme ensina Malatesta (2005, p. 139):

A experiência nos mostra que são, felizmente, em número muito maior os homens que não cometem crimes que aqueles que os cometem; a experiência nos afirma, por isso, que o homem ordinariamente não comete ações criminosas, isto é, que o homem é, via de regra, inocente: e como o ordinário se presume, também a inocência. (...) portanto, a inocência se presume.

Revela-se, portanto, numa opção entre evitar que um inocente pague por um crime que não cometeu, ainda que um culpado permaneça impune (PIMENTA, 1989, p. 214), e, de outro lado, a possibilidade do cidadão conviver em permanente desconfiança e temor na justiça, que equivale à falta de sua legitimidade (FERRAJOLI, 2006, p. 506).

Mais uma vez lembrando os ensinamentos de Malatesta (2005, p. 445):

Não se deve esquecer que, é mil vezes preferível a absolvição de um réu, que a condenação de um inocente. Bastaria uma só condenação de inocente para desequilibrar a tranqüilidade social: por uma só condenação de inocente todo cidadão honesto sentir-se-ia ameaçado, em vez de protegido, pelas leis sociais.

Daí a razão de que tão-somente a certeza, apurada de acordo com as regras derivadas do devido processo legal, autoriza desconstituir a presunção de inocência e a conseqüente aplicação da sanção penal, o que se dá, no Brasil, apenas com o trânsito em julgado da ação, ou seja, após o esgotamento das vias recursais.

Para Souza Netto, compreende-se o princípio da presunção de inocência sob um duplo aspecto, a saber: formal e substancial. O primeiro se refere à natureza de direito fundamental materialmente constitucional. O último apresenta-se como um direito de caráter processual, com efeitos “no campo da prova e tratamento do acusado” (2006, p. 157).

De fato, na seara processual penal várias conseqüências se irradiam da presunção de inocência.

A primordial delas consiste na atribuição do ônus da prova à acusação, considerada por Ferrajoli como a primeira garantia procedimental do juízo, *nulla accusatio sine probatione* (2006, p. 522 e 562).

Na medida em que o acusado “é presumidamente inocente, não lhe incumbe provar absolutamente nada. Existe uma presunção que deve ser destruída pelo acusador” (LOPES Jr., 2006, p. 189). Ou seja, à negativa dessa presunção corresponde ao dever de se provar o que se alega.⁹⁰

Ademais, a acusação não se desonera de sua incumbência demonstrando a “inconsistência da oposição à pretensão punitiva” (HADDAD, 2005, p. 273), mas apenas quando demonstrada as alegações deduzidas na inicial acusatória.

Ora, se ao acusado não se lhe impõe a obrigação de provar sua inocência, por outro lado se está garantindo o direito ao silêncio e, de uma maneira mais ampla, o de também não se auto-incriminar (*nemo tenetur se detegere*) (HADDAD, 2005, p. 273).

Daí a razão de se poder afirmar que o princípio da presunção da inocência se encontra intimamente vinculado ao princípio *nemo tenetur se detegere*.

Como adiante se demonstrará, do eventual silêncio do acusado não se pode extrair indícios de culpa, como erroneamente se extraí do art. 198 do Código de Processo Penal⁹¹, pois diversas situações psicológicas e materiais poderão influir nessa atitude.

A propósito a lição de Oliveira (2004, p. 208):

Estabelecido o direito ao silêncio, tem-se como conclusão inevitável que a certeza judicial não pode mais ser construída sobre a *omissão ou inatividade do acusado* na defesa de seus interesses. O silêncio passa, então, a ser uma *alternativa* ou estratégia de defesa, sendo vedado ao juiz a sua valoração.

Logo, o acusado que se vale desse direito mantém íntegra sua presunção de inocência, garantida, constitucionalmente, durante todo o processo.

Na doutrina Oliveira (2004, p. 208), Haddad (2005, p. 271) e Lopes Jr. (2006, p. 184), entendem que o princípio *nemo tenetur se detegere* encontra fundamento no princípio constitucional da presunção de inocência (não-culpabilidade).

6.4 A incorporação do princípio *nemo tenetur se detegere* na ordem constitucional brasileira em virtude dos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos

⁹⁰ Nesse sentido também Gomes Filho (1997, p. 113).

⁹¹ “Art. 198. O silêncio do acusado não importará confissão, mas poderá constituir elemento para a formação do convencimento do juiz.”

Após a solene Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada pela Organização das Nações Unidas (ONU), em 1948, sob a forma de recomendação (COMPARATO, 2007, p. 226), sucederam-se três diplomas internacionais, com força vinculante aos países signatários, nos quais se inseriu a previsão do princípio *nemo tenetur se detegere*.

Assim, tem-se a consagração universal do princípio com o conseqüente reconhecimento de sua natureza fundamental.

O primeiro deles foi o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, também proclamado pela ONU, em 16.12.1966, em cujo artigo 14, n. 3, *g*, dispõe:

3. Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, a, pelo menos, as seguintes garantias:
g) de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada.⁹²

O segundo, por sua vez, é a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, aprovada em 22.11.1969, pela Organização dos Estados Americanos (OEA), em São José da Costa Rica, que no artigo 8º, §2º, *g*, estatui:

Artigo 8º. Garantias Judiciais
2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:
g) direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada.⁹³

Ambos foram incorporados ao ordenamento jurídico interno brasileiro, como se observa, no caso do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, pelo Decreto legislativo nº 226, de 12.11.1991, promulgado pelo Decreto nº 592, de 06.12.1992 (COMPARATO, 2007, p. 279), e, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, por meio do Decreto legislativo nº 27, de 26.12.1992, promulgado pelo Decreto nº 678, 06.11.1992 (GOMES FILHO, 1997, p. 82).

Por se tratarem de diplomas internacionais que disciplinam direitos humanos, por força do § 2º, artigo 5º, da Constituição Federal de 1988, possuem natureza

⁹² Disponível em: <http://www.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/pacto_dir_politicos.htm>. Acesso em: 04 nov. 2006.

⁹³ Disponível em: <http://www.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/conv_americana_dir_humanos.htm>. Acesso em: 04 nov. 2006.

(hierarquia) de norma constitucional, ou melhor, direito fundamental em sentido material.

Dessa forma, consoante razões apontadas no capítulo anterior, referidos tratados internacionais possuem hierarquia de normas constitucionais, integrando o rol dos direitos e garantias da vigente Magna Carta brasileira.

Cumpra ainda observar que, seguindo a orientação de Couceiro, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos é mais abrangente do que o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, no que toca às pessoas alcançadas pelos seus benefícios, *verbis*:

Com efeito, enquanto o Pacto fala em “toda pessoa acusada”, a Convenção simplesmente se refere a “toda pessoa”. Portanto, a garantia abrange todas as pessoas que participam do processo penal (não só o acusado, mas também a vítima, o querelante, as testemunhas e o perito). (2004, p. 132)

Neste caso, aplica-se a lição de Comparato acerca do princípio da prevalência dos direitos mais vantajosos para a pessoa humana: “na vigência simultânea de vários sistemas normativos – o nacional e o internacional – ou na de vários tratados internacionais, em matéria de direitos humanos, deve ser aplicado aquele que melhor protege o ser humano” (2007, p. 368).

Por fim, o terceiro, em 17.07.1998, pelo Estatuto de Roma, criou-se o Tribunal Penal Internacional com o objetivo de punir os crimes que afetem a comunidade internacional, colocando em risco a paz, a segurança e o bem estar da sociedade, o qual expressamente também adotou o princípio *nemo tenetur se detegere*, *verbis*:

Artigo 55 - Direitos das Pessoas no Decurso do Inquérito:

1. No decurso de um inquérito aberto nos termos do presente Estatuto:

a) Nenhuma pessoa poderá ser obrigada a depor contra si própria ou a declarar-se culpada;⁹⁴

O Brasil ratificou o Estatuto de Roma por meio do Decreto Legislativo nº 112, de 06.06.2002, promulgado pelo Decreto nº 4.388, de 25.09.2002. Uma nova confirmação de sua validade no ordenamento pátrio ocorreu com a Emenda Constitucional nº 45/2004, que acrescentou um quarto parágrafo ao art. 5º da CF, declarando que o Brasil se submete à jurisdição do Tribunal Penal Internacional.

⁹⁴ Comparato (2007, p. 498).

6.5 Conclusões quanto à natureza

A Constituição Federal de 1988 albergou o princípio *nemo tenetur se detegere* e o seu fundamento pode se extrair de vários de seus dispositivos, diretos ou indiretos.

De fato, em um primeiro momento, ao fazer expressa referência ao direito de permanecer em silêncio, nos termos do art. 5º, LXIII, consagrou o aspecto mais conhecido do referido princípio, mas que não lhe esgota o conteúdo e alcance.

O Supremo Tribunal Federal em inúmeras decisões menciona esse dispositivo como sendo a fundamento constitucional do princípio *nemo tenetur se detegere* (HC nº 83.960/RS, RE-AgR nº 43.5266/SP, HC nº 75.616/SP).

Todavia, a cláusula do devido processo legal (art. 5º, LIV), na concepção de um processo justo (*fair trial*), de um lado assegurando o respeito à dignidade da pessoa humana, e de outro como fator de legitimação da atuação Estatal por meio do processo, também dá suporte e forma ao princípio *nemo tenetur se detegere*.

O mesmo se diga em relação aos seus corolários: a ampla defesa, o contraditório (art. 5º, LV) e a presunção de inocência (art. 5º, LVII).

Como decorrência direta da incorporação dos tratados internacionais de proteção aos direitos humanos, que integram o rol de direitos e garantias previstas na carta constitucional, por força do art. 5º, §2º, no caso o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, da ONU, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), da OEA, e o Estatuto do Tribunal Penal Internacional, o princípio *nemo tenetur se detegere* foi expressamente reconhecido como garantia processual indispensável e direito fundamental de caráter universal.

Sendo assim, há muito o ordenamento jurídico brasileiro contempla o princípio *nemo tenetur se detegere*, antes mesmo da atual carta magna, em face do princípio do devido processo legal; todavia, teve seu brilho ofuscado em face dos regimes autoritários de governo que se sucederam desde o império.

Felizmente a situação se modifica com a proclamação, em 1988, da vigente Constituição Federal, cuja ideologia democrática e liberal, imprime ao processo uma feição garantística, de valorização do indivíduo em face do Estado.

Nesse ambiente o princípio *nemo tenetur se detegere* encontra espaço para aplicação, quer por meio da previsão do direito de permanecer calado, quer do princípio do devido processo legal e seus corolários da ampla defesa, contraditório e

presunção de inocência, bem como, a partir de dezembro de 1992, com a ratificação do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que o consagraram expressamente.

6.6 Características

Não restando dúvidas acerca da natureza constitucional e fundamental do princípio *nemo tenetur se detegere*, deve-se salientar que se trata de um direito apenas contra o Estado. Com efeito, o princípio oferece proteção ao acusado em qualquer declaração prestada mediante um interrogatório ou outro meio de prova – pericial, por exemplo -, como adiante se examinará, ante um agente público, (ROXIN, 2000, p. 125; HADDAD, 2005, p. 285).

Dessa forma, na hipótese do acusado declarar fatos que tenha praticado para terceiros, os mesmos podem ser aproveitados em juízo na qualidade de testemunhos.

Enquadra-se na categoria de direito fundamental de primeira geração, uma vez que se exige do Estado uma ação negativa, ou seja, um não fazer, aplicável exclusivamente no âmbito probatório do processo penal (HADDAD, 2005, p. 53).

Segundo a classificação de Canotilho, acima apresentada, enquadra-se como um princípio-garantia (2007, p. 1.167), revelada dentro e fora do processo: dentro, porque apto a legitimar a formação do convencimento judicial e a construção da verdade processual; fora, como proteção da autodeterminação do acusado, mantendo-o livre da coação e violência física ou psíquica Estatal (OLIVEIRA, 2004, p. 211-212). Nesse sentido, referenda Queijo:

o princípio *nemo tenetur se detegere*, como direito fundamental, objetiva proteger o indivíduo contra excessos cometidos pelo Estado, na persecução penal, incluindo-se nele o resguardo contra violências físicas e morais, empregadas para compelir o indivíduo a cooperar na investigação e apuração de delitos, bem como contra métodos proibidos de interrogatórios, sugestões e dissimulações (2003, p. 55).

O princípio *nemo tenetur se detegere* não se resume ao direito ao silêncio, na verdade, este é a espécie da qual o primeiro é o gênero. Isso se explica pelo fato do direito ao silêncio representar apenas uma das várias possibilidades de aplicação do

nemo tenetur se detegere, como adiante se verá, na atualidade seus contornos se estendem às novas modalidades de provas, inclusive as periciais.

O direito ao silêncio, como visto na busca das origens históricas do princípio, evidenciou-se como a primeira reação contra as arbitrariedades do Estado.

No que tange ao interrogatório, ao contrário do que pode parecer, a toda pessoa (vítima, testemunha e inclusive pessoa jurídica) que possa se auto-incriminar por meio de declarações é reconhecido o direito a permanecer em silêncio (COUCEIRO, 2004, p. 218-220; QUEIJO, 2003, p. 197; GRINOVER, 2008, p. 7).

Entretanto, convém salientar que a testemunha goza de um direito mais restrito, porquanto, se o acusado tem ampla liberdade de não se manifestar e até mesmo apresentar versões inverídicas, aquela tem o dever legal de dizer a verdade⁹⁵ em relação a fatos que não lhe dizem respeito, excepcionando-se os concernentes à si e à família, ainda que não sejam partes na ação (HADDAD, 2003, p. 135).

Portanto, não se concorda com o posicionamento de Couceiro, segundo o qual, ao se interpretar a parte final do artigo 206, do Código de Processo Penal, as testemunhas estão obrigadas a dizer a verdade quando “não for possível, por outro modo, obter-se ou integrar-se a prova do fato e de suas circunstâncias” (2004, p. 236).

Anuir com o mesmo implica na violação do *nemo tenetur se detegere* de forma indireta, não condizente com a garantia de livre autodeterminação.

Como recordado por Albuquerque (2008, p. 142), Hobbes, na obra *Do Cidadão*, publicado em 1642, há muito já reconheceu que:

Igualmente, ninguém é obrigado por nenhum pacto a acusar a si mesmo, ou a qualquer outro, cuja condenação lhe tornará amarga a vida. Sendo assim, nenhum pai é obrigado a depor contra seu filho, nem um esposo contra a esposa, nem um filho contra o pai, nem qualquer homem contra qualquer um que garanta sua subsistência, sendo vão todo o testemunho que supostamente se dá contra a natureza (2006, p. 32).

No direito alemão e italiano se reconhece expressamente o alcance do *nemo tenetur se detegere* também às testemunhas (HADDAD, 2005, p. 132-133).

⁹⁵ Código de Processo Penal: “Art. 206. **A testemunha não poderá eximir-se da obrigação de depor.** Poderão, entretanto, recusar-se a fazê-lo o ascendente ou descendente, o afim em linha reta, o cônjuge, ainda que desquitado, o irmão e o pai, a mãe, ou o filho adotivo do acusado, salvo quando não for possível, por outro modo, obter-se ou integrar-se a prova do fato e de suas circunstâncias” (grifou-se).

Quanto ao tema das testemunhas, o Supremo Tribunal Federal brasileiro no HC nº 73.035/DF decidiu em sentido semelhante, *verbis*:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. FALSO TESTEMUNHO. INOCORRÊNCIA. LEI 1.579/52, ART. 4º, II (CP, ART. 342). COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO. TESTEMUNHA. PRISÃO EM FLAGRANTE. CPP, ART. 307. I. - **Não configura o crime de falso testemunho, quando a pessoa, depondo como testemunha, ainda que compromissada, deixa de revelar fatos que possam incriminá-la.** II. - Nulidade do auto de prisão em flagrante lavrado por determinação do Presidente da Comissão Parlamentar de Inquérito, dado que não se consignou qual a declaração falsa feita pelo depoente e a razão pela qual assim a considerou a Comissão. III. - Auto de prisão em flagrante lavrado por quem não preenche a condições de autoridade (art. 307 do CPP). IV. - H.C. deferido (grifou-se)⁹⁶.

Firmes nessas premissas, passa-se ao exame da aplicação no *nemo tenetur se detegere* no interrogatório, judicial e extrajudicial.

⁹⁶ STF, HC 73.035, Tribunal Pleno, Relator Min. Carlos Velloso, DJ 19.12.1996, p. 51766.

7 INTERROGATÓRIO

O princípio *nemo tenetur se detegere* é classicamente reconhecido por sua aplicação no interrogatório, compreensível por suas raízes históricas. Sua nota fundamental assenta-se no direito atribuído ao acusado de se negar a responder às perguntas que lhe são dirigidas por uma autoridade pública, ao qual se denominou de direito ao silêncio.

Dada sua inestimável relevância, segue-se com o seu exame nas inúmeras implicações decorrentes do interrogatório.

7.1 Natureza Jurídica

Muito já se escreveu acerca da natureza jurídica do interrogatório; todavia, a questão ainda permanece tormentosa e não poucas controvérsias envolvem o tema.

E não é para menos, pois se cuida de um dos pontos estruturantes do processo penal, ao qual Altavilla se referiu como o “coração do organismo processual” (1982, p. 43).

Seria meio de prova⁹⁷, fonte de prova⁹⁸ ou meio de defesa⁹⁹?

Convém salientar que a questão não será examinada sob o enfoque de uma maior ou menor aproximação às características dos sistemas inquisitório e acusatório, aos quais tradicionalmente se vincula o interrogatório como meio de prova e meio de defesa, respectivamente, porém, partindo da premissa, já reconhecida historicamente, de respeito à liberdade de consciência do acusado em falar ou calar.

Dessa forma, a depender da resposta ao questionamento proposto, aparentemente singelo, se seguirá toda uma metodologia a se empregar na **avaliação**¹⁰⁰ do interrogatório.

⁹⁷ De acordo com Greco Filho, “meio de prova: são os instrumentos pessoais ou materiais aptos a trazer ao processo a convicção da existência ou inexistência de um fato” (1999, p. 199).

⁹⁸ Fonte de prova, segundo se infere da lição de Tornaghi, são todos os elementos entranhados nos autos que indicam fatos, ações, objetos, pessoas, circunstâncias, ligadas ao delito apurado em juízo, mas que necessitam de confirmação (1995, p. 359).

⁹⁹ Grinover, Fernandes e Gomes Filho definem meio de defesa como o “meio de contestação da acusação e instrumento para o acusado expor sua própria versão” (2004, p. 96).

¹⁰⁰ Aranha, no entanto, defende que tal fato influi no modo de sua realização, principalmente se entendido como meio de defesa, o que implicaria na possibilidade do acusado dar sua versão dos fatos, omitir-se com relação a determinados questionamentos ou até nada responder, não comparecimento ao ato, sem a imposição de qualquer ônus (2006, p. 97). Entende-se que tais

Num primeiro momento, caso se admita que o interrogatório possua natureza de meio de prova, às declarações emitidas pelo acusado será atribuído valor probatório, como o de qualquer outro tipo de prova (pericial, documental, testemunhal).

Dito de outra forma, a palavra do acusado, assim como as demais provas possíveis, constitui um elemento probatório a convencer o magistrado da verdade processual.

Esta parece ser a posição adotada pelo vigente Código de Processo Penal Brasileiro, na medida em que disciplina o interrogatório no Título (VII) reservado às provas.

Na doutrina nacional perfilham esse entendimento Tornaghi (1995, p. 359) e Aranha (2006, p. 98)¹⁰¹; na estrangeira, Malatesta¹⁰².

Solução oposta se obtém, em um segundo momento, na hipótese de considerá-lo como meio de defesa. De fato, apesar do conteúdo das declarações do acusado poder fornecer elementos importantes para a sua convicção, o magistrado não poderá atribuir-lhes força de prova.

Como pondera Tornaghi (1995, p. 360), o interrogatório, por si só, não provaria nada, devendo o juiz buscar a comprovação dos fatos em outros elementos probatórios (testemunhal, documental, pericial e indícios).

Franco (1956, p. 262) lembra que o Código de Processo do Império (art. 98) e, posteriormente, os Códigos Estaduais na República, tratavam o interrogatório como meio de defesa. Era a posição defendida por Pimenta Bueno¹⁰³ na sua obra publicada em 1857.

Em seus comentários, Franco (1956, p. 263), Espínola Filho (1976, p. 19) e Tourinho Filho (2001, p. 264) recordam a exposição de motivos lavrada pelo então Ministro da Justiça Campos Salles ao Decreto nº 848, de 11.10.1890, que estruturou a Justiça Federal no Brasil, *verbis*:

conseqüências também são possíveis de se extrair caso se considere o interrogatório como meio de prova, porquanto, o motivo determinante, é a maior ou menor incidência do princípio *nemo tenetur se detegere*.

¹⁰¹ Aduz esse autor que o interrogatório acidentalmente pode vir a ser um meio de defesa.

¹⁰² “O testemunho do acusado é uma das espécies da prova testemunhal. Ninguém, em boa-fé, pode negar que a palavra do acusado tem também, legitimamente, seu peso na consciência do juiz, para a formação do convencimento. E se assim é, sua palavra é, portanto, uma prova” (2005, p. 414).

¹⁰³ “O interrogatório tem pois o caráter de um meio de defesa: mediante êle pode o acusado expor antecedentes que justifiquem ou atenuem o crime, opor exceções contra as testemunhas, e indicar fatos ou provas que estabeleçam sua inocência. Então êle é o próprio advogado de si mesmo, é a natureza que pugna pela conservação de sua liberdade e vida, que fala perante juízes que observam seus gestos e suas emoções” (1959, p. 423).

No empenho de rodear das mais sólidas garantias a liberdade individual e de assegurar a imparcialidade do julgamento, entre as providências mais salutares, ficou estabelecido um limite para o interrogatório dos acusados. Com efeito, nada pode ser mais prejudicial à causa da Justiça do que este duelo pungente, de argúcias e sutilezas, de subterfúgios e ciladas, que comumente se vê, travado em pleno tribunal, entre o juiz e o acusado, e em que, não raro, aquêle que devêra ser o órgão circunspeto e severo da áustera magestade da lei, tem, no entanto, como o mais apatecido triunfo, a confissão do acusado, extorquida à fôrça de uma sagacidade criminosa. No sistema adotado para os processos criminais, quer se trate de formação da culpa, quer se trate de julgamento, o acusado tem o direito de responder lacônicamente – sim – ou – não, e o juiz tem o dever de respeitar o seu laconismo.

O Código de Processo Penal de 1941, ao incluir o interrogatório no capítulo das provas, quebrou com essa tradição (FRANCO, 1956, p. 265).

Dentre os doutrinadores, defendem a natureza exclusiva de meio de defesa, Bento de Faria¹⁰⁴, Tourinho Filho (2001, p. 261), Albuquerque (2008, p. 76) e Ferrajoli (2006, p. 560)¹⁰⁵.

Em uma terceira posição, lançada na tentativa de harmonizar esse contraste (se é meio de prova ou de defesa), uma vertente da doutrina considera o interrogatório como meio de defesa e fonte de provas.

Justifica-se que, além de meio de defesa, o interrogatório também é fonte de prova, na medida em que o acusado, decidindo livremente por se manifestar em juízo, pode revelar circunstâncias e elementos úteis ao esclarecimento e julgamento da demanda, favoráveis ou não, mas que deverão ser confirmadas em outros elementos de prova.

Aderem a esse posicionamento Altavilla (1982, p. 12), Grinover (1978, p. 108), Gomes Filho (1997, p. 148), Noronha (1997, p. 137), Greco Filho (1999, p. 226), Marques (1965, p. 321), Mirabete (2003, p. 293), Ramos (1996, p. 306), Rosseto (2001, p. 152), Manzini (*apud* ESPÍNOLA Filho, 1976, p. 20) e Lopes Jr. (2006, p. 239).

Uma quarta posição, segundo a qual o interrogatório possui uma dupla natureza, ou seja, é meio de defesa e também meio de prova, é defendida, no Brasil, por

¹⁰⁴ “O interrogatório é, essencialmente, meio de defesa, e, por conseguinte, não pode envolver nenhum constrangimento moral. O acusado é o único senhor das suas palavras” (1942, p. 247).

¹⁰⁵ “Ao contrário, no modelo garantista do processo acusatório, informado pela presunção de inocência, o interrogatório é o principal meio de defesa, tendo a única função de dar vida materialmente ao contraditório e de permitir ao imputado contestar ou apresentar argumentos para se justificar.”

Neves (1960, p. 22), Azevedo (1992, p. 287), Nucci (1999, p. 165) e Dotti (2000, p. 427); no estrangeiro, por Dias (1984, p. 443), Florian (*apud* NORONHA, 1997, p. 137) e Ristori (2007, p. 121).

Nucci critica a diferenciação entre os conceitos de meio e fonte de prova¹⁰⁶. Aduz que no direito brasileiro tais conceitos estão por demais “entrelaçados” não se podendo separá-los. Exemplifica com o depoimento da testemunha: se, por um lado, é um meio de prova para se aproximar da realidade dos fatos, que o juiz considera na fundamentação da sua convicção, por outro, também o é fonte de prova, de onde provêm diversas informações relevantes (1999, p. 165).

Argumenta-se que é um meio de defesa na medida em que se deve respeitar a liberdade do acusado declarar ou não; todavia, também é meio de prova, porquanto suas declarações influem na decisão da causa e contribuem ao esclarecimento do delito (DIAS, 1984, p. 443).

É o que ensina, por todos, Azevedo, *verbis*:

O interrogatório é meio de prova e meio de defesa. Não há nenhuma colidência entre esses fins, posto toda a atividade probatória desenvolvida pelo réu no processo ser meio de prova exercido pela defesa. Trata-se de oportunidade de produção de prova, dada à defesa, prova que pode até eventualmente resultar no favorecimento de conteúdo da acusação, mas sempre significando um direito, que se especifica no exercício de um poder processual de defesa com vistas a influir positivamente sobre a formação do convencimento do juiz.

O interrogatório, assim, tanto quanto outros atos processuais facultados ao réu será meio de prova, posto seu conteúdo influir na decisão da causa; e meio de defesa, posto ser oportunidade oferecida ao acusado de produzir elementos de seu interesse à instrução da causa (1992, p. 287).

Em que pese a finalidade ou a essência do interrogatório ser a defesa do acusado, logo meio de defesa, como preconizado por Grinover (1978, p. 100), não o deixa também de ser meio de prova.

Essas são as posições colacionadas na doutrina.

No que tange à jurisprudência, o Supremo Tribunal Federal não tem seguido uma orientação uniforme quanto à natureza do interrogatório.

De fato, no Recurso de Habeas Corpus nº 53.195, originário do antigo Estado da Guanabara, em 06.05.1975, decidiu-se que constitui meio de prova e também meio de defesa. O relator Ministro Antonio Nader consignou em seu voto o seguinte:

¹⁰⁶ O autor, em seu auxílio, lembra Pontes de Miranda, citado por Frederico Marques, o qual afirma que: meios de prova “são as fontes probantes, os meios pelos quais o juiz recebe os elementos ou motivos de prova” (*apud* MARQUES, 1965, p. 274).

Sabe-se que o interrogatório do réu pode envolver *confissão* e pode conter declaração *defensiva*.

É por isto que se firmou, pelo menos entre nós, por força do que dispõe o art. 186 do C. Pr. Pen. e da natureza das perguntas constantes do art. 188 do mesmo texto codificado, que o interrogatório constitui *meio de prova* e também *meio de defesa*, este pessoalmente exercitado pelo réu (RTJ 73/758-760).

Em 02.10.1990, durante a vigência da Constituição Federal de 1988, ao decidir o Habeas Corpus nº 68.129-8/RS, o Ministro relator Sepúlveda Pertence, seguiu a orientação acima indicada e afirmou que:

Sabidamente, tomando posição em ponto dissonante no direito comparado, o C. Pr. Pen. incluiu o interrogatório do réu entre os meios de prova, inserido no procedimento de instrução criminal (...) e não apenas um meio de defesa, ao contrário da concepção prevalecente, em outros ordenamentos (v.g., na Itália, ...) (p. 30).

Contudo, no Habeas Corpus nº 68.131-0/DF, em 18.09.1990, os Ministros da 1ª Turma, se abstiveram de adentrar no exame quanto à natureza do interrogatório, apenas reputando-o ato necessário do processo penal. O relator, Ministro Celso de Melo, manifestou que:

É certo que o interrogatório judicial, qualquer que seja a natureza jurídica que se lhe reconheça – meio de prova, meio de prova e de defesa (...) ou somente meio de defesa (...) – constitui ato necessário do processo penal, como se infere do preceito inscrito no art. 185 do Código de Processo Penal (p. 7).

Por fim, outra orientação foi adotada por ocasião do julgamento do Habeas Corpus nº 76.206-9/SC, em 14.08.1998. O Ministro Maurício Corrêa, relator do caso, acentuou a natureza de meio de prova do interrogatório (“... até porque o interrogatório é meio de prova”, p. 9).¹⁰⁷

Dentre os vários caminhos percorridos, tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência, na tentativa de apurar a real natureza do interrogatório no direito processual penal brasileiro, no presente estudo filia-se àquele que prega uma natureza dúplice, ou seja, meio de defesa e meio de prova.

¹⁰⁷ No mesmo sentido o HC nº 77.226-3/PR, Ministro Relator Maurício Corrêa.

Ao aceitá-lo como correto, não se olvida que o desenvolvimento histórico na luta pelo reconhecimento dos direitos fundamentais culminou no reconhecimento da sua natureza de meio de defesa, como consequência do princípio *nemo tenetur se detegere*.

Outrossim, não se olvida que a finalidade do interrogatório volta-se para a defesa do acusado, como manifestação do princípio do contraditório à acusação que se lhe imputa, momento em que pode ele mesmo fazer valer seu direito à autodefesa: calando-se e até mesmo mentindo.

Tais elementos apenas confirmam a existência dessa face da sua natureza; porém, não são fortes o bastante para aniquilar sua condição, ainda, de meio de prova.

Do seu silêncio, como se verá mais adiante, nenhuma consequência se pode extrair, por força da ordem constitucional de 1988, com a consagração do princípio *nemo tenetur se detegere*, demonstrado no capítulo anterior, como direito fundamental.

Na hipótese, contudo, de abdicar do mesmo, e responder às perguntas, resta contrário à natureza impedir que o magistrado avalie a veracidade ou a mendacidade das declarações do acusado, confrontando-o com as demais provas reunidas aos autos e dela resultado no livre convencimento. Como leciona Altavilla:

O interrogatório do acusado deve ser relacionado com a convicção do juiz, que se baseará naquilo que lhe pareça ser a realidade, rebelando-se contra qualquer ficção jurídica. Por conseguinte, o juiz sentirá o dever, nos limites da sua preparação técnica, de submeter o interrogatório e a confissão a uma crítica, contrapondo-lhe os outros dados processuais, e examinando-os, segundo a sua lógica pessoal, mas não poderá criar um privilégio para o acusado, desvalorizando as provas que ele fornece contra si mesmo (1982, p. 46).

As reformas efetuadas no Estatuto Processual Penal, por meio das Leis nº 10.792/2003 e 11.719/2008, adiante examinadas, não modificaram tais fatos. Logo, posiciona-se no sentido de que o interrogatório possui natureza de meio de defesa e de prova.

7.2 Disciplina do Interrogatório e do Direito ao Silêncio no Código de Processo Penal antes da Constituição Federal de 1988

7.2.1 Fatos históricos e ideologia

O Código de Processo Penal, de 08.09.1941, em vigor, foi elaborado sob a égide da Constituição de 1937, que apesar de não ter chegado a vigor, na medida em que dependia de um plebiscito não realizado (BASTOS, 1998, p. 121), retrata o panorama político e ideológico da época.

A carta política de 10.11.1937 foi outorgada após um golpe contra o Estado de Direito que ficou conhecido como Cohen¹⁰⁸, forjado para que o então presidente Getúlio Vargas permanecesse no poder independentemente de um sufrágio, dando início a uma ditadura que se estenderia até outubro de 1945.

O mentor intelectual dessa Constituição foi Francisco Campos, então Ministro da Justiça, defensor explícito da ditadura¹⁰⁹ como regime político e de ideais antiliberais.

Narra Francisco de Assis Silva que:

a nova carta era uma verdadeira colcha de retalhos, na medida em que seu conteúdo era mesclado por elementos fascistas italianos, alemães, austríacos e poloneses, o que lhe valeu o nome de **Polaca**, segundo alguns historiadores.

(...)

A Polaca suprimia a autonomia dos estados, dava a Getúlio o poder de dissolver o Congresso Nacional, as Assembléias Legislativas estaduais e as Câmaras Municipais, substituir governadores e nomear interventores, prática que se repetiu durante todo o período. Facultava também ao governo reformar a própria Constituição, controlar as Forças Armadas e

¹⁰⁸ No dia 30.09.1937, época de campanha eleitoral para a presidência da república, um documento atribuído ao Partido Comunista dava conta de um plano para desestabilizar a ordem instituída e o assassinato de autoridades. Decretado o estado de guerra pelo Congresso, Vargas afastou seus oponentes e implantou um estado ditatorial. Tratava-se, na verdade, de uma fraude elaborada pelos militares para amparar a continuidade do governo do então presidente Getúlio Vargas, revelada em março de 1945. O plano ficou conhecido por Cohen em razão de ter sido assinado por um suposto comunista que levava esse nome (SILVA, 1992, p. 250).

¹⁰⁹ “Quanto mais volumosas e ativas as massas, tanto mais a integração política só se torna possível mediante o ditado de uma vontade pessoal. O regime político das massas é o da ditadura... Há uma relação de contraponto entre massa e César. Os ouvidos habituados a distinguir, à distância, o rumor das coisas que se aproximam, percebem, sob o tropel confuso das massas, cuja sombra começa a dominar o horizonte da nossa cultura, os passos do homem do destino... Não há, a estas horas, país que não esteja à procura de um homem, isto é, de um homem carismático ou marcado pelo destino para dar às aspirações da massa uma expressão simbólica, imprimindo a unidade de uma vontade dura e poderosa ao caos de angústia e de medo de que se compõe o patos ou a demonia das representações coletivas. Não há hoje um povo que não clame por um César.” Disponível em: <http://www.cpdoc.fgv.br/dhbb/verbetes_htm/1005_5.asp>. Acesso em: 09 set. 2008.

concentrar em suas mãos o controle dos poderes Executivo, Judiciário e Legislativo.

Desapareceram as liberdades individuais e as garantias constitucionais. A permanência do estado de emergência garantia ao governo o direito de invadir domicílios, violar o sigilo das correspondências, exilar e suspender as imunidades parlamentares (1992, p. 255).

É nesse contexto autoritário que o Código de Processo Penal, Decreto-lei nº 3.689, de 03.10.1941, é promulgado (PAULA, 2002, p. 324).

Como não poderia deixar de ser, na medida em que foi concebido pelo mesmo autor da Constituição de 1937, Francisco Campos, o Estatuto Processual Penal é orientado por uma ideologia também autoritária, pautada na defesa social e na atividade repressiva do Estado. Na exposição de motivos salientou que:

De par com a necessidade de coordenação sistemática das regras do processo penal num Código único para todo o Brasil, impunha-se o seu ajustamento ao objetivo de maior eficiência e energia da ação repressiva do Estado contra os que delinqüem. As nossas leis de processo penal asseguram aos réus, ainda que colhidos em flagrante ou confundidos pela evidência das provas, um tão extenso catálogo de garantias e favores, que a repressão se torna, necessariamente, defeituosa e retardatária, decorrendo daí um indireto estímulo à expansão da criminalidade. Urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social.

Isso porquê foram incorporadas à nossa legislação Processual Penal as linhas mestras adotadas no Código de Processo Penal italiano de 1930, de cunho fascista (COUTINHO, 2008, p. 11); tal circunstância não é segredo, pelo contrário, já que restou consignada na exposição de motivos ao Código de 1941 a admiração do seu autor ao trabalho do Ministro Italiano Rocco.

Assinala Grinover que efetivamente “o Código de Processo Penal de 1941 absorveu certas tendências autoritárias da ciência penal européia da época” (1978, p. 105).¹¹⁰

Dessa forma, na milenar busca de equilíbrio entre os interesses do acusado e Estado, aquele pela luta ao respeito de seus direitos fundamentais, e o último contra a criminalidade, nesse momento histórico brasileiro, a balança pendeu em favor do Estado.

¹¹⁰ Nesse sentido, também Moura e Moraes: “Nosso ordenamento processual penal, datado de 1941, foi elaborado sob o influxo de idéias positivistas emergentes no final do século passado e início deste, que propugnavam pela prevalência dos interesses repressivos do Estado (ou, como denominavam, da ‘defesa social’) sobre os interesses individuais fundamentais” (1994. p. 135).

Infelizmente, tal estado de coisas tomou contornos mais dramáticos com a assunção do poder pelos militares nas décadas de 1960 e 1970, fato ocorrido também em grande parte nos demais países da América do Sul, como discorre Dotti ao retratar esse momento:

As relações entre o indivíduo e o poder e a sociedade e o governo, sofreram graves e trágicos desvios nos países da América Latina, quando os regimes autoritários, liderados pelas forças militares – com a cumplicidade de pessoas e grupos civis – sacrificaram os mais generosos princípios do processo penal. (...) Os “novos conquistadores”, municiados com a ideologia da segurança nacional e armados com recursos financeiros da América do Norte, construíram um longo período de *eclipse do indivíduo* em favor da hegemonia do Estado (1993, p. 253).

Por um longo tempo a sociedade e também considerável parte da comunidade jurídica nacional foram guiadas propositalmente por uma ideologia de desprestígio dos direitos fundamentais, cuja mudança se iniciou (e ainda se processa), a partir de outubro de 1988, com a promulgação da atual Constituição Federal.

Naquela concepção, ainda não de todo esquecida, por conseqüência, o indivíduo é submetido a uma condição secundária no quadro do processo penal, dele se exigindo sua “colaboração” na apuração da “verdade”.

Como se verá, aguarda-se que o acusado fale e, se não o faz, estabeleceram-se instrumentos legais que o estimulam a isso, ou melhor, que desestimulam o exercício do direito ao silêncio.

7.2.2 Características do interrogatório

Inserido no Título destinado às provas (VII), o interrogatório é disciplinado nos artigos 185 a 200 do Código de Processo Penal (Capítulos III e IV), considerando-se também o capítulo reservado à confissão.

Como registrou Espínola Filho (1976, p. 19), constitui um dos momentos mais importantes do processo penal, na medida em que o acusado tem a oportunidade (não o dever) de se manifestar acerca dos fatos que lhe são imputados.

Pode ser dividido em quatro partes: (a) qualificação, (b) cientificação da acusação, (c) advertência do direito de permanecer calado e (d) interrogatório propriamente dito, também denominado de mérito, o qual se subdivide em perguntas

relativas aos fatos e suas circunstâncias e, de outro, acerca da personalidade do acusado (para eventual e futura aplicação do artigo 59 do Código Penal).

A qualificação destina-se à certificação de que o acusado realmente é a pessoa nominada na denúncia. Por sua vez, a cientificação da acusação formulada pelo Ministério Público tem por objetivo o estabelecimento do contraditório a fim de servir como suporte ao exercício da autodefesa pelo acusado.

Cuida-se de um momento formal e solene (MIRABETE, 2003, p. 293), presidido pela autoridade judiciária devidamente constituída, marcado pela publicidade e orientado pela oralidade (RAMOS, 1996, p. 264-265).

A publicidade da audiência, no entanto, pode ser restringida quando puder resultar em escândalo, inconveniente grave ou perigo de perturbação da ordem, conforme determina o artigo 792, §1º, do CPP.¹¹¹

Também se aplicam exceções à oralidade quando o acusado for surdo, mudo ou surdo-mudo, hipótese em que se adotará a forma escrita como meio de comunicação entre o acusado e o magistrado, caso aquele saiba ler e escrever; em caso negativo, será nomeado intérprete, tudo conforme previsão do artigo 192 do CPP, na sua redação original¹¹².

Ensina Tourinho Filho que é um ato personalíssimo, ou seja, apenas o acusado deve ser interrogado, não se admitindo representação ou substituição (2001, p. 268).

Denominando de judicialidade, Tornagui afirma que o ato de interrogar o acusado é exclusivo do magistrado, porquanto é ato de instrução probatória; ademais:

¹¹¹ Art. 792. As audiências, sessões e os atos processuais serão, em regra, públicos e se realizarão nas sedes dos juízos e tribunais, com assistência dos escrivães, do secretário, do oficial de justiça que servir de porteiro, em dia e hora certos, ou previamente designados. § 1º. Se da publicidade da audiência, da sessão ou do ato processual, puder resultar escândalo, inconveniente grave ou perigo de perturbação da ordem, o juiz, ou o tribunal, câmara, ou turma, poderá, de ofício ou a requerimento da parte ou do Ministério Público, determinar que o ato seja realizado a portas fechadas, limitando o número de pessoas que possam estar presentes. § 2º. As audiências, as sessões e os atos processuais, em caso de necessidade, poderão realizar-se na residência do juiz, ou em outra casa por ele especialmente designada.

¹¹² Art. 192. O interrogatório do mudo, do surdo ou do surdo-mudo será feito pela forma seguinte:
I - ao surdo serão apresentadas por escrito as perguntas, que ele responderá oralmente;
II - ao mudo as perguntas serão feitas oralmente, respondendo-as ele por escrito;
III - ao surdo-mudo as perguntas serão formuladas por escrito e por escrito dará ele as respostas.
Parágrafo único. Caso o interrogado não saiba ler ou escrever, intervirá no ato, como intérprete e sob compromisso, pessoa habilitada a entendê-lo.

o interrogatório é a grande oportunidade que tem o juiz para, num contato direto com o acusado, formar juízo a respeito de sua personalidade, da sinceridade de suas desculpas ou de sua confissão, do estado d'alma em que se encontra, da malícia ou da negligência com que agiu, da sua frieza e perversidade ou de sua elevação e nobreza; é o ensejo para estudar-lhe as reações, para ver, numa primeira observação, se ele entende o caráter criminoso do fato e para verificar tudo mais que lhe está ligado ao psiquismo e à formação moral (1995, p. 361).

Por outro lado, Tourinho Filho dá contorno diverso à judicialidade, entendendo que tal característica se define pela circunstância da acusação e defesa não poderem intervir no ato, mas tão-somente o juiz (2001, p. 268).

Contudo, deve-se ponderar que na fase de investigação, a autoridade policial também efetua o ato de interrogar.

Em que pese no artigo 6º, V, do CPP¹¹³, não ter sido utilizada a expressão interrogatório, mas “ouvir o indiciado”, fornecendo a aparente idéia de que tal ato seria vedado à autoridade policial, por meio de uma interpretação sistemática, observa-se no artigo 304 do mesmo estatuto¹¹⁴, o qual se refere à prisão em flagrante, que aquela autoridade também procede ao interrogatório (TOURINHO, 2005, p. 268).

Saliente-se, apenas, que no interrogatório policial aplicam-se as mesmas formalidades previstas para o interrogatório judicial (artigo 6º, V, do CPP).

Por esse motivo, Ramos propôs, com acerto, a denominação de presidencialidade ao invés de judicialidade do interrogatório (1996, p. 268).

Quanto à oportunidade de sua realização, verifica-se no Estatuto Processual Penal que o interrogatório pode ser realizado em vários momentos, os quais foram colacionados por Marques (1965, p. 322) nos seguintes moldes: a) durante o Inquérito policial (art. 6º, V); b) por ocasião da lavratura do Auto de prisão em flagrante (art. 304); c) antes de iniciada a instrução (art. 394); d) no Tribunal do Júri (art. 465); e) em qualquer tempo durante o curso do processo (art. 185); f) quando o juiz entender necessário que o ato seja renovado (art. 196).

Por fim, o acusado, uma vez intimado e não possuindo um motivo justo, devia comparecer na audiência de interrogatório, sob pena de ser conduzido à força,

¹¹³ Art. 6º. Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá: (...) V – ouvir o indiciado, com observância, no que for aplicável, do disposto no Capítulo III do Título VII, deste Livro, devendo o respectivo termo ser assinado por 2 (duas) testemunhas que lhe tenham ouvido a leitura.

¹¹⁴ Art. 304. Apresentado o preso à autoridade competente, ouvirá esta o condutor e as testemunhas que o acompanharam e interrogará o acusado sobre a imputação que lhe é feita, lavrando-se o auto, que será por todos assinado.

consoante previsão do art. 260 do CPP¹¹⁵ e explicitado em sua exposição de motivos¹¹⁶.

Logo sua presença era obrigatória¹¹⁷; contudo, não indispensável, como explica Faria:

Assim, pode ocorrer sua revelia, ou seja a ausência injustificada, sem excusa legítima, ou porque esteja ele foragido, ou quando, embora presente no distrito da culpa, desatender, intencionalmente, ao seu chamamento a Juízo, e não fôr possível trazê-lo pelo meio compulsório (1942, p. 336).

A sua não realização, sendo possível e antes do trânsito em julgado, gera causa de nulidade, como preceitua o artigo 564, III, e, do CPP¹¹⁸, e a orientação do Supremo Tribunal Federal, consoante decisões proferidas nos HC 64.460, 65.557, 69.275 e 70.019-5.

7.2.3 O princípio *nemo tenetur se detegere*: o direito ao silêncio

Os idealizadores do Código de Processo Penal, embora seguissem uma linha autoritária, decidiram manter no ordenamento jurídico brasileiro o princípio *nemo tenetur se detegere*, então concebido na qualidade de direito ao silêncio.

Entretanto, na medida em que o princípio *nemo tenetur se detegere* apenas encontra perfeita aplicabilidade em um ambiente democrático liberal, onde é possível a valorização do indivíduo como ser humano, sua inserção no sistema processual penal da época apenas se deu em caráter formal.

Como proclamou Grinover, sua desconfiguração alcançou o extremo de se constituir num instituto desfavorável à defesa (1976, p. 106).

A redação original do artigo 186 torna nítida tal circunstância, *verbis*:

¹¹⁵ Art. 260. Se o acusado não atender à intimação para o interrogatório, reconhecimento ou qualquer outro ato que, sem ele, não possa ser realizado, a autoridade poderá mandar conduzi-lo à sua presença.

¹¹⁶ Francisco Campos consignou que: “XI – Suprimindo uma injustificável omissão da atual legislação processual, o projeto autoriza que o acusado, no caso em que não caiba a prisão preventiva, seja forçadamente conduzido à presença da autoridade, quando, regularmente intimado para ato que, sem ele, não possa realizar-se, deixa de comparecer sem motivo justo.”

¹¹⁷ Deve-se consignar que em razão promovida por meio da Lei nº 11.689/2008 é possível sustentar a revogação do artigo 260 do CPP (vide tópico 7.5).

¹¹⁸ Art. 564. A nulidade ocorrerá nos seguintes casos: (...) III - por falta das fórmulas ou dos termos seguintes: (...) e) a citação do réu para ver-se processar, o seu interrogatório, quando presente, e os prazos concedidos à acusação e à defesa;

Art. 186. Antes de iniciar o interrogatório, o juiz observará ao réu que, embora não esteja obrigado a responder às perguntas que lhe forem formuladas, **o seu silêncio poderá ser interpretado em prejuízo da própria defesa.** (grifou-se)

Num primeiro momento pode-se observar que o artigo está dividido em duas partes: se na primeira assegura ao acusado a possibilidade de permanecer silente, não respondendo às perguntas que lhe são formuladas, na segunda transforma esse direito em uma autêntica pressão legal para que se manifeste.

Resta claro ao acusado, por mais inculto que seja, a mensagem de que o exercício do direito silêncio lhe será prejudicial.

Mas não é só, pretende-se ir mais longe.

Logo em seguida, o artigo 191 preceituava que: “Consignar-se-ão as perguntas que o réu deixar de responder e as razões que invocar para não fazê-lo.”

E, por fim, no artigo 198, que “o silêncio do acusado não importará confissão, mas poderá constituir elemento para a formação do convencimento do juiz.”

Predominava a idéia veiculada pelo adágio popular de “quem cala consente”.

Sabidamente adverte Tourinho Filho (2001, p. 262):

De que adiantava ao réu o “direito” de não responder às perguntas que lhe eram formuladas, se o Juiz, em seguida à proclamação desse direito, acrescentava: “... mas o seu silêncio poderá ser interpretado em prejuízo da própria defesa...”? De que lhe servia o direito de calar-se, se o art. 191 do CPP proclama que serão consignadas as perguntas que o réu deixar de responder e as razões que invocar para não fazê-lo? De que lhe servia o silêncio, em face do que se contém no art. 198 do CPP?

Sem sombra de dúvida era uma armadilha que bem reflete a ideologia então em vigor, a qual exigia a colaboração do acusado e que via no interrogatório uma forma de se obter a confissão, como admitido por Marques (1965, p. 325).

Portanto, o princípio *nemo tenetur se detegere* aplicado ao interrogatório, em sua vertente mais conhecida, o direito ao silêncio, sofreu um golpe se não digno de morte, mas que lhe retirou quase toda sua capacidade de se constituir numa defesa do acusado.

7.3 O Interrogatório e o Direito ao Silêncio na Vigência da Constituição Federal de 1988

A Constituição Federal de 1988 inaugura uma nova fase da história brasileira, tanto política quanto jurídica.

Sua origem já revela uma natureza democrática, porquanto é o fruto do embate de diversos grupos antagônicos entre si, progressistas de um lado e conservadores de outro, prevalecendo o eixo das liberdades e garantias fundamentais, bem como a do respeito à dignidade humana.

Proclamou Ulysses Guimarães, então Senador e Presidente da Assembléia Nacional Constituinte, tratar-se da “Constituição cidadã, porque recuperará como cidadãos milhões de brasileiros, vítimas da pior das discriminações: a miséria.”¹¹⁹

Dessa forma, instituído o Estado Democrático de Direito, propugnava-se dar fim às orientações ideológicas de cunho autoritário, tão comum nos regimes políticos ditatoriais e militares anteriores.

A promulgação da Constituição significou a renovação, a mudança da norma fundamental (a pedra angular) do ordenamento jurídico.

Isso porquê, como ensina Kelsen, “a ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas uma ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas” (2003, p. 247). E continua:

A sua unidade é produto da conexão de dependência que resulta do fato de a validade de uma norma, que foi produzida de acordo com outra norma, se apoiar sobre essa outra norma, cuja produção, por sua vez, é determinada por outra; e assim por diante, até abicar finalmente na norma fundamental – pressuposta. A norma fundamental – hipotética, nestes termos – é, portanto, o fundamento de validade último que constitui a unidade desta interconexão criadora. (...) **a Constituição representa o escalão de Direito positivo mais elevado** (2003, p. 247, grifou-se).

Logo, toda a legislação que ocupa escalões inferiores, ou seja, infraconstitucionais, deve buscar e extrair seu fundamento, validade e legitimidade nos ditames constitucionais. Nesse sentir, também Bobbio:

¹¹⁹ Disponível em: <http://www.fugpmdb.org.br/c_cidada.htm>. Acesso em: 24 set. 2008.

É essa norma fundamental que dá unidade a todas as outras normas, isto é, faz das normas espalhadas e de várias proveniências um conjunto unitário que pode ser chamado “ordenamento”.

A norma fundamental é o termo unificador das normas que compõem um ordenamento jurídico. Sem uma norma fundamental, as normas de que falamos até agora constituiriam um amontoado, não um ordenamento (2006, p. 49).

Por sua vez, Canotilho a isso denomina princípio da prevalência da constituição, consistente na adequação da legislação ao seu programa e normas (2007, p. 1.226).

No que tange ao interrogatório, a Constituição expressamente dedicou, no título reservado aos direitos e garantias fundamentais, o artigo 5º, LXIII, assim redigido: “o preso será informado de seus direitos, entre os quais **o de permanecer calado**, sendo-lhe assegurado a assistência da família e de advogado.” (grifou-se)

Cuida-se da consagração no âmbito constitucional do princípio *nemo tenetur se detegere*, na sua faceta mais conhecida, o direito ao silêncio.

Demonstrou-se em capítulo anterior deste trabalho que tal princípio se extrai também das cláusulas constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório e da presunção da inocência, as quais constituem as colunas de todo o sistema processual garantista, bem como dos tratados internacionais de direitos humanos.

Em um primeiro momento se questionou acerca do alcance do artigo 5º, LXIII, ou seja, se se restringiria apenas aos casos em que o acusado se encontrasse preso ou se estenderia àqueles em que ele estivesse solto e, ainda, se apenas no âmbito policial ou também no judicial.

Ramos entende que a proteção conferida pelo texto constitucional limita-se apenas ao réu preso e não ao acusado solto; explica que a finalidade da norma é de tratar com lealdade apenas o réu preso, em razão da difícil situação em que se encontra por ocasião da prisão; ao solto, por vezes orientado por advogado, não socorreria tal benefício (1996, p. 305).

Grinover, Fernandes e Gomes Filho¹²⁰, no entanto, consideram que a norma não distingue as situações, tanto o réu preso quanto o solto são beneficiados pela mesma, na medida em que prevalece a não obrigação de se fornecer elementos

¹²⁰ Na obra *Direito à prova no processo penal*, Gomes Filho também defende essa posição (1997, p. 113).

probatórios contra si próprio. A norma constitucional apenas ressaltou a preocupação com a pessoa presa (2004, p. 96).

Quanto ao tema Oliveira assim se manifestou:

Não será preciso, então, qualquer esforço para se concluir que, embora referido unicamente ao preso, o direito ao silêncio há de ser aplicado em qualquer fase processual, pois se este (o preso) não pode ser compelido a prestar quaisquer declarações diante de uma autoridade pública, não haveria razão alguma que justificasse uma ressalva desse direito em relação ao Judiciário (2004, p. 207).

Por sua vez, pondera Haddad (2005b, p. 267) que:

A aplicação da norma constitucional ao processo, se vedada, acarretaria a incongruente situação de se conceder direitos e prerrogativas àquele de quem se suspeita da autoria da infração penal e retirá-las, em seguida, quando houvesse acusação formalizada na denúncia ou na queixa.

Nesse sentido ainda Barbiero (2001, p. 87) e Lopes Jr. (2006a, p. 242).

Ainda que a Constituição tenha se referido apenas ao réu preso e não ao solto, focalizando a questão sob o prisma do princípio da isonomia, não se observa nenhum *discrímen* (fator de discriminação) que justifique racionalmente o tratamento desigual.

De fato, ensina Bandeira de Mello: "... tem-se que investigar, de um lado, aquilo que é erigido em critério discriminatório e, de outro lado, se há justificativa racional para, à vista do traço desigualador adotado, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade afirmada" (2004, p. 38).

O interesse protegido pela norma constitucional é o mesmo para ambas as situações, a saber: a liberdade de autodeterminação do indivíduo segundo sua consciência. Assim, razão assiste à segunda corrente.

Sendo assim, diante deste novo enquadramento de valores, questiona-se se foram ou não albergados pela nova ordem constitucional de 1988 a disciplina instituída no Código de Processo Penal de 1941 para o interrogatório.

Na medida em que a Constituição ocupa o ponto mais elevado do ordenamento jurídico, acima já dito, sua substituição por outra conseqüentemente implica na revisão de todas as normas hierarquicamente inferiores até então em vigor, com o intuito de aferir sua compatibilidade com a nova carta.

Aquelas que se demonstrem incompatíveis, explica Moraes, são retiradas do ordenamento jurídico, fenômeno denominado de não-recepção pela teoria do direito constitucional (2000, p. 508).

Coutinho é enfático ao afirmar que há um absoluto descompasso entre os dois diplomas legais. E mais: “um devido processo legal (constitucional) é incompatível com o sistema do CPP, de todo inquisitorial” (2008, p. 11).

De fato, as ideologias que informam os dois diplomas são incompatíveis entre si, a Constituição sustenta um perfil liberal enquanto o Código de Processo Penal se revela próprio dos regimes autoritários.

O artigo 186 do CPP, em sua parte final, ao preconizar que “o silêncio poderá ser interpretado em prejuízo da própria defesa”, afronta claramente o disposto no artigo 5º, LXIII, da Constituição de 1988, que garante o direito ao silêncio e o eleva ao status de norma fundamental.

Da mesma sorte os artigos 191 e 198, ambos também do CPP, que impõem a consignação no auto de interrogatório das perguntas não respondidas e os motivos invocados para tanto, e a possibilidade do silêncio se constituir em elemento para a formação do convencimento do julgador.

Logo, os artigos 186, parte final, 191 e 198, todos do CPP, não foram recepcionados pela Constituição Federal de 1988.

Diversos doutrinadores se posicionaram nesse sentido, a saber: Grinover, Fernandes e Gomes Filho (2004, p. 97), Tourinho Filho (2001, p. 263), Greco Filho (1999, p. 226), Moura e Moraes (1994, p. 134), Dotti (2000, p. 426), Garcia (2000, p. 65), Mirabete (2003, p. 297)¹²¹, Tucci (2004, p. 367), dentre outros.

Por todos confira-se o esclarecimento de Leite Fernandes:

Tudo leva a crer que os dispositivos processuais citados, na parte em que autorizam seja o silêncio do acusado interpretado em detrimento de sua defesa, não tenham sido recepcionados pela nova ordem constitucional. Isto porque, frente à garantia constitucional do silêncio, desaparece – já se afirmou – qualquer possibilidade de interpretação danosa ao acusado (e ao indiciado, complete-se). Não é fácil, entretanto, para quem se põe na trilha da doutrina autoritária, conciliar o direito ao silêncio com o dever de colaboração, imposto por quem vê no processo penal – sob o ingênuo intuito de o diferenciar do processo civil – um processo sem lide (1992, p. 310).

¹²¹ Mirabete, entretanto, com relação ao artigo 191 do CPP, defende sua constitucionalidade, aduzindo que as razões porventura invocadas pelo acusado para justificar seu silêncio poderiam, em tese, “apagar a má impressão causada” (2003, p. 298).

No exame do Recurso Extraordinário nº 199.570-0/MS, tendo por relator o Ministro Marco Aurélio, a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, em 16/12/1997, declarou a não recepção da parte final do artigo 186 do Código de Processo Penal, *verbis*:

INTERROGATÓRIO – ACUSADO – SILÊNCIO. A parte final do artigo 186 do Código de Processo Penal, no sentido de o silêncio do acusado poder se mostrar contrário aos respectivos interesses, não foi recepcionada pela Carta de 1988, que, mediante o preceito do inciso LVIII do artigo 5º, dispõe sobre o direito de os acusados, em geral, permanecerem calados. (...)

Tal posicionamento foi confirmado no julgamento do Habeas Corpus nº 80.949-9/RJ, pela 1ª Turma, em 30/10/2001, tendo como Ministro Relator Sepúlveda Pertence, *verbis*:

Gravação clandestina de 'conversa informal' do indiciado com policiais. Ilícitude decorrente — quando não da evidência de estar o suspeito, na ocasião, ilegalmente preso ou da falta de prova idônea do seu assentimento à gravação ambiental —, de constituir, dita 'conversa informal', modalidade de 'interrogatório' sub-reptício, o qual — além de realizar-se sem as formalidades legais do interrogatório no inquérito policial (C.Pr.Pen., art. 6º, V) —, se faz sem que o indiciado seja advertido do seu direito ao silêncio. **O privilégio contra a auto-incriminação — *nemo tenetur se detegere* —, erigido em garantia fundamental pela Constituição — além da inconstitucionalidade superveniente da parte final do art. 186 C.Pr.Pen.** importou compelir o inquiridor, na polícia ou em juízo, ao dever de advertir o interrogado do seu direito ao silêncio: a falta da advertência — e da sua documentação formal — faz ilícita a prova que, contra si mesmo, forneça o indiciado ou acusado no interrogatório formal e, com mais razão, em 'conversa informal' gravada, clandestinamente ou não. (grifou-se)

Ainda que assim não fosse, por outro lado, urge recordar que a disciplina do interrogatório segundo o Código de Processo Penal também sofreu profundas mudanças em razão do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, da ONU, e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, da OEA, ambos incorporados em 1992 ao ordenamento constitucional brasileiro, alicerçados no artigo 5º, §2º, da Constituição Federal.

Esses dois diplomas internacionais expressamente, além do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório e da presunção de inocência, constituem o princípio *nemo tenetur se detegere*, como já explanado, como garantia do acusado.

Por evidência, na medida em que o Código de Processo Penal apenas formalmente fez menção à possibilidade do acusado valer-se do direito de

permanecer em silêncio, já que a ideologia direciona no sentido oposto, ou seja, que o acusado fale, suas disposições são, portanto, incompatíveis com o regime democrático constitucional estabelecido a partir de outubro de 1988.¹²²

7.4 Da Reforma Promovida pela Lei nº 10.792, de 01 de dezembro de 2003, na Disciplina do Interrogatório e no Direito ao Silêncio.

7.4.1 Dos artigos 186, 191 e 198 do CPP

Quinze anos após a promulgação da Constituição Federal, editou-se a Lei nº 10.792/2003, que, dentre outros objetivos, promoveu substanciais modificações no procedimento do interrogatório, disciplinado no Código de Processo Penal.

Sem sombra de dúvida, nesse particular, o objetivo primordial foi o de corrigir o Estatuto Processual harmonizando-o ao espírito da Magna Carta.

Convém lembrar que se cuida de um dos oito projetos de reforma parcial do CPP, elaborados pela Comissão instituída pelo Ministério da Justiça, por meio da Portaria nº 61/2000, que ficou conhecida como “Comissão Ada Pellegrini Grinover”¹²³.

Foram conferidas novas redações a todos os artigos do Capítulo III, Título VII, destinado ao interrogatório, excepcionando-se o artigo 194 que foi totalmente revogado.

Um dos pontos estruturantes, senão o principal, da reforma, na medida em que dá sentido e unidade ao restante do conjunto de dispositivos do capítulo, é o do artigo 186, o qual passou a ostentar a seguinte redação:

¹²² Opinião contrária é sustentada por Carvalho (2006, p. 3) para quem o artigo 186 se encontraria em harmonia com a Carta Magna de 1988. Segundo o autor, ainda que do silêncio não se possa inferir presunções de culpa, o juiz deve advertir o interrogado de que seu silêncio poderá ser interpretado em seu desfavor, pois desperdiçará oportunidade de fornecer elementos à sua defesa.

¹²³ Esclarece Passos que a Comissão era formada pelos juristas: “Ada Pellegrini Grinover (presidente), Petrônio Calmon Filho (secretário), Antônio Magalhães Gomes Filho, Antônio Scarance Fernandes, Luiz Flávio Gomes, Miguel Reale Júnior, Nilzardo Carneiro Leão, René Ariel Dotti (substituído por Rui Stoco), Rogério Lauria Tucci e Sidnei Beneti.” Optou-se por uma reforma parcial, uma vez que a aprovação pelo legislativo de um Código totalmente novo inevitavelmente seria muito vagaroso (2008, p. 11).

<p>Redação original</p> <p>Art. 186. Antes de iniciar o interrogatório, o juiz observará ao réu que, embora não esteja obrigado a responder às perguntas que lhe forem formuladas, o seu silêncio poderá ser interpretado em prejuízo da própria defesa.</p>	<p>Nova Redação</p> <p>Art. 186. Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas.</p> <p>Parágrafo único. O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa.</p>
--	---

Como se observa, o novo artigo 186 do CPP alinha-se ao preceito constitucional do artigo 5º, LXIII, à Convenção Americana sobre Direitos humanos (artigo 8º, 2, g) e do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (art. 14, 3, g).

Resta esclarecido que nenhuma consequência resultará ao acusado o exercício do direito ao silêncio. Como já dizia Bento de Faria: “o acusado é o único senhor das suas palavras” e do seu silêncio não é lícito deduzir qualquer elemento de prova ou resultar qualquer punição (1942, p. 247).

Por sua vez, não mais se exige a necessidade de se consignar as perguntas não respondidas pelo acusado ou as razões invocadas para não fazê-lo, porquanto a redação do artigo 191 do CPP foi totalmente reformulada, passando a dispor tão-somente com relação aos casos que envolvem o interrogatório de dois ou mais acusados.

<p>Redação original</p> <p>Art. 191. Consignar-se-ão as perguntas que o réu deixar de responder e as razões que invocar para não fazê-lo.</p>	<p>Nova redação</p> <p>Art. 191. Havendo mais de um acusado, serão interrogados separadamente.</p>
---	--

Em que pese tais dispositivos (artigo 186 e 191) a partir de 1988 não mais encontrassem aplicação, na prática se mostrava comum alguns operadores jurídicos insistirem em acatar a orientação do Código de Processo Penal em detrimento da Constituição Federal, por puro apego positivista.

Mittermaier já ensinava que:

El obstinado silencio del acusado no será bastante para considerarle como autor del crimen: en lo civil, el principio del desistimiento puede muy bien admitir este sistema; pero no así en lo criminal. Por consiguiente, aun cuando el Juez para vencer su obstinación le señalara un plazo para responder, y le amenazara, caso de no hacerlo, con tener la inculpación por verdadera, no habría en esto una confesión tácita. El acusado puede callar

por terquedad, por cumprir una promesa hecha a un tercero, o en fin, por un motivo cualquiera (1979, p. 233).

Na seara da psicologia judiciária, Altavilla salienta a incorreção de se considerar o silêncio como uma presunção de culpabilidade, *verbis*:

Podem determinar-se, às vezes, situações tão dramáticas, que em virtude delas o acusado inocente não tem a coragem de se acusar abertamente de um crime que não cometeu, mas não proclama a sua inocência, por várias razões:

- a) porque a prova da sua responsabilidade num crime cometido em determinado dia, a uma certa hora, pode funcionar como *alibi* em relação à imputação de um crime mais grave;
- b) porque a reconstituição feita pela acusação não pôs a claro circunstâncias que poderiam agravar a sua posição processual;
- c) para salvar o verdadeiro culpado, facto que já se tem verificado, por parte de esposas e de mães.

E outras razões podem ser sugeridas por circunstâncias não previsíveis, porque estão de toda a lógica, como se verifica, frequentemente, em relação a homens e a acontecimentos que estão para além da normalidade (1982, p. 27).

Com a modificação do Estatuto Processual se expurgou do ordenamento jurídico a hipótese do silêncio do acusado ser utilizado (valorado, interpretado) em seu prejuízo.¹²⁴

Todavia, deve-se ressaltar que o artigo 198 do CPP, inserido no capítulo dedicado à confissão, não sofreu alterações e continua a dispor que: “O silêncio do acusado não importará confissão, **mas poderá constituir elemento para a formação do convencimento do juiz**” (grifou-se).

Na medida em que o artigo 186, parágrafo único, foi alterado, passando a dispor que: “O silêncio, que não importará em confissão, **não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa**” (grifou-se); verifica-se a ocorrência de uma antinomia aparente (DINIZ, 1987, p. 31).

Considera-se que a compatibilização dessas normas depende da compreensão de que o direito ao silêncio pode assumir duas formas distintas, a saber: uma total e outra parcial (ROXIN, 2000, p. 124).

¹²⁴ Grinover sustenta ter a reforma consagrado o interrogatório como meio de defesa (2008, p. 1-2); apesar de sedutora, a tese não contempla a totalidade do instituto, porquanto o silêncio do acusado é tão-somente uma das três hipóteses possíveis de verificação, a saber: o silêncio, a manifestação ou a admissão da culpa (confissão). Assim, insiste-se no posicionamento de que o interrogatório assume uma natureza dúplice tanto meio de defesa quanto meio de prova, remetendo-se o leitor às razões invocadas no tópico dedicado ao tema.

Na primeira modalidade o acusado não emite nenhuma manifestação; cuida-se de um silêncio total, completo ou absoluto.

Na segunda, por sua vez, o acusado responde alguns questionamentos, porém se cala em relação a outros. Pode ocorrer, ainda, quando o procedimento judicial admitir dois interrogatórios, como no caso dos crimes de competência do Júri, em que o acusado permanece em silêncio em um deles, mas se manifesta em outro, ou vice versa (HADDAD, 2005b, p. 270).

O princípio *nemo tenetur se detegere*, na forma do direito ao silêncio, tão-somente beneficia a hipótese do acusado permanecer em absoluto silêncio, sendo esta a situação protegida pelo parágrafo único, do artigo 186 do CPP.¹²⁵

Para que se considere ainda em vigor, eliminando-se a referida antinomia¹²⁶, uma interpretação conforme o texto constitucional orienta que o artigo 198 do CPP deve ser aplicado unicamente ao silêncio parcial, pois consoante lição de Roxin:

... pueden derivarse consecuencias desfavorables cuando alguien, en su principio, declara y guarda silencio sólo respecto a puntos particulares, o no contesta ciertas preguntas (BGHSt 20, 298). Estoy de acuerdo con esta solución y no veo en ella ninguna forma de obligar a una auto-incriminación. Ya que, quien declara voluntariamente, se somete, también de manera voluntaria, a una valoración de su declaración. No obstante, a la hora de realizarse esta valoración, debe apreciarse en su conjunto la conducta del processado, es decir, se debe tener en cuenta qué ha dicho y qué no ha dicho, y sobre esto, se han de deducir las respectivas conclusiones (2000, p. 124).

Nesse sentir, também Haddad:

Se o silêncio é intercalado entre uma pergunta e outra, nascendo uma omissão à resposta pela falta de argumentos, aliada à fragilidade das declarações, é possível considerar tais circunstâncias na formação do convencimento do juiz. [E continua:] O silêncio, isoladamente, não poderá ser empregado em prejuízo do réu. Mas como qualquer outro elemento contido nos autos, associado a imperfeições das declarações prestadas, poderá ser utilizado na formação do convencimento judicial, como melhor forma de associar a interpretação do art. 186, parágrafo único com o art. 198, segunda parte, ambos do CPP (2005b, p. 271).

7.4.2 Da entrevista e participação do advogado do acusado no interrogatório

¹²⁵ Posição contrária é sustentada por Grinover (2008, p. 3), para quem o artigo 198 do CPP foi tacitamente revogado pelo artigo 186, parágrafo único, em virtude da incompatibilidade verificada entre ambos.

¹²⁶ A propósito, não é pensamento do mestre português Dias (1984, p. 449) para quem do exercício apenas parcial do direito ao silêncio nenhuma conclusão ou presunção pode ser inferida.

O princípio *nemo tenetur se detegere* apenas pode se desenvolver plenamente na Inglaterra a partir de 1836 com a possibilidade da defesa e a representação do acusado em Juízo ser efetivada por meio de advogado, separando-se as atribuições de manifestação e de defesa, como discorrido no capítulo dedicado às origens históricas.

Logo é impensável conceber tal princípio sem a participação ativa do advogado na defesa do acusado. Para reflexão seguem as considerações de Carvalho:

Pergunto-me: alguém de nós – juízes, promotores, advogados -, com toda a (de)formação que temos, ousaríamos comparecer a interrogatório sem antes receber orientação de advogado? Ousaríamos ser inquiridos sem a presença de defensor?

Mais agressivamente: e se for réu o nosso filho? Permitiríamos a ida dele ao Foro para participar deste ato solene e simbolicamente confuso sem apoio defensivo?

Alguém de nós já viu um burguês perfumado chegar até a sala de audiência desacompanhado de advogado?

Claro que não! Evidente que não!

Quem vêm desacompanhado são eles: os pobres, os negros, aqueles que pertencem, segundo Ferrajoli, “as capas más pobres y marginadas – subproletariado, prostitutas, vagabundos, ociosos, desempleados, imigrantes, etc.”

Por que não, então, conceder-lhes as graças da proteção democrática? Afinal, são eles os “outros”, não são dos “nossos”, não são iguais a nós.

Advogado – leia-se defesa -, para eles, é-nos estorvo: dificulta a extração da “confissão”- com eles (e para eles) somos inquisidores e para os nossos garantistas, preciosamente garantistas! (2008, p. 5)

Não é por outro motivo que a Constituição Federal de 1988, no artigo 5º, LXIII, ao lado do direito ao silêncio estabeleceu como norma fundamental a possibilidade do acusado contar com a assistência de advogado.

Por seu turno, é o que também prevê o Pacto de São José de Costa Rica, no artigo 8º, 2, *d*, incorporado ao direito brasileiro em 1992 e que também ostenta natureza de norma constitucional fundamental, *verbis*:

Artigo 8º. Garantias Judiciais

2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

d) direito do acusado defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor.

Entretanto, o que se observava até a edição da lei nº 10.792/2003, era a legitimação legal da obrigatoriedade da participação do defensor após o interrogatório do acusado. De fato, na medida em que grande parte dos acusados não possui condições financeiras para a contratação de defensores, o início da construção do trabalho da defesa somente se verificava após o interrogatório judicial.

Nessas condições, sem qualquer orientação jurídica e uma linha de defesa estabelecida, a grande maioria dos acusados era submetida a interrogatório, lembrando que eventual silêncio seria interpretado desfavoravelmente em sua defesa.

Tão-somente em 2003, com a edição da Lei nº 10.792, foi acrescentado o §2º do artigo 185 do CPP, o qual determina que: “Antes da realização do interrogatório, o juiz assegurará o direito de entrevista reservada do acusado com seu defensor.”

É a partir desse momento que se efetiva (ainda que formalmente) a igualdade de oportunidades entre as partes na seara processual penal.

Dessa forma, antes de qualquer interrogatório, extrajudicial ou judicial, o acusado tem o direito de entrevista reservada com seu defensor, com o intuito de elaborar, avaliar e decidir juntos acerca da linha de defesa a ser empregada, inclusive se o direito de silêncio será exercido como faculta o ordenamento jurídico.

Não se trata de uma faculdade, mas de um direito, alçado a nível constitucional e de natureza fundamental, cuja inobservância implica em nulidade, extensível a todos: pobres ou ricos.

O Juiz da Suprema Corte Americana Earl Warren, relator do célebre caso *Miranda vs. Arizona*, julgado em 1966, consignou:

Se um indivíduo faz saber que deseja a assistência de um advogado antes de qualquer interrogatório, as autoridades não podem racionalmente ignorar ou negar o seu pedido com base no facto de o indivíduo não dispor de recursos para contratá-lo. A capacidade econômica do indivíduo não está em relação com o alcance dos direitos aqui envolvidos. O direito contra a auto-incriminação garantido pela Constituição aplica-se a todas as pessoas. A necessidade de advogado para proteger este direito tanto existe para o indigente como para o rico. De facto, se fossemos limitar estes direitos constitucionais aos que podem pagar a um advogado, as nossas sentenças hoje seriam de curto alcance. Os casos colocados perante nós assim como a grande maioria de casos que implicam confissão com que lidamos no passado, envolvem aqueles que não têm possibilidades de contratar um advogado. Conquanto as autoridades não sejam obrigadas a libertar o acusado da sua pobreza, têm a obrigação de não tirar vantagem dela na administração da justiça (1998, p. 108).

Logo, caso o acusado não possua um, o magistrado deverá lhe nomear um defensor para que possa exercer a prerrogativa do §2º do artigo 185 do CPP. Tal medida propicia o real desenvolvimento do devido processo legal, porquanto, consoante ensinamento de Haddad:

(...) impede-se o acusado de fazer declarações equivocadas ou não apropriadas; obsta-se a utilização de meios ilegítimos de interrogatório e controle das condições em que este é realizado; garante a pureza real dos autos, dada a facilidade com que as declarações podem ser desvirtuadas na redução a escrito; facilita-se à defesa a colheita de material probatório e a oposição à acusação no julgamento (2005b, p. 244).

Para que o dispositivo não se torne letra morta, pela mesma Lei nº 10.792/2003 incluiu-se no artigo 261 do CPP o parágrafo único o qual preceitua que: “A defesa técnica, quando realizada por defensor público ou dativo, será sempre exercida através de manifestação fundamentada”; atribuindo ao judiciário o dever de velar pelo cumprimento do artigo 185, §2º, do CPP.

No direito alemão especificamente no artigo 136 do Código de Processo Penal, o acusado tem o direito de consultar um advogado a todo o momento, inclusive antes de prestar suas declarações (ROXIN, 2000, p. 130).

Salienta Roxin que a omissão de se informar ao acusado tal direito, acarreta a não valoração processual das declarações eventualmente prestadas. E arremata que tal orientação, firmada pelo Tribunal Supremo Federal alemão, em outubro de 1992:

está en estrecha relación com el principio del *nemo – tenetur*, pues el derecho a la defensa, del que trata, sirve para diferentes intereses del imputado. Pero en cualquier caso, también tiene la finalidad de protegerlo de una auto-incriminación sobre la cual no haya reflexionado lo suficiente. Sólo quien tiene la posibilidad de ser aconsejado por su abogado en el momento de declarar puede responder de la mejor manera posible a la pregunta de si en el caso en concreto pudo declarar de la forma más pertinente (2000, p. 131-132).

Dessa forma, observa-se que a inclusão do artigo 185, §2º, e a do parágrafo único, do artigo 261, ambos do Código de Processo Penal, modernizaram a legislação brasileira e resgataram a dignidade do acusado.

7.4.3 Do interrogatório de qualificação/identificação

Cuida o artigo 185 do CPP¹²⁷, além de ressaltar a importância do interrogatório e da necessidade de sua realização no curso do processo penal, acerca da sua divisão em qualificação/identificação e interrogatório de mérito, consoante denominação atribuída pela doutrina (TOURINHO FILHO, 2001, p. 277; TORNAGHI, 1995, p. 368).

Na redação original do CPP, concentravam-se no artigo 188, indistintamente, todos os questionamentos vinculados à pessoa do acusado e acerca dos fatos apurados em juízo.

Com a reforma promovida pela Lei 10.792/2003, esse aspecto passou a ser regulado pelo artigo 187, dispondo expressamente ser o interrogatório constituído de duas partes, *verbis*:

Art. 187. O interrogatório será constituído de duas partes: sobre a pessoa do acusado e sobre os fatos.

§ 1º Na primeira parte o interrogando 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.

O objetivo almejado, explica Haddad (2005b, p. 280), foi o de tornar nítido o campo em que incide a cláusula do direito ao silêncio, porquanto o artigo 186 do CPP dispõe que “depois de devidamente qualificado e cientificado da acusação” é que o acusado será cientificado pelo juiz do seu direito de permanecer calado. Portanto, o direito ao silêncio apenas se operaria na parte do mérito do interrogatório e não ao da qualificação.

Sob essa ótica, o acusado teria o dever de declarar dados verdadeiros acerca da sua qualificação ao magistrado da causa. Para Dias cabe ao argüido:

... um dever de dizer a verdade, cujo incumprimento não é sancionado processualmente - i. é, não possui efeitos ao nível do processo penal em que ocorre, máxime desfavorecendo a posição do argüido ou sendo indício valorável autônomo de desobediência ou de falsas declarações (CP, arts. 188.º e 242.º); disto mesmo deve ser o argüido advertido em qualquer interrogatório que ocorra na instrução do processo. Esta solução justifica-se,

¹²⁷ Art. 185. O acusado que comparecer perante a autoridade judiciária, no curso do processo penal, será qualificado e interrogado na presença de seu defensor, constituído ou nomeado.

até certo ponto, pelo facto de a comprovação da identidade do argüido constituir questão básica de todos o processo penal, sem todavia dizer directamente respeito à culpa daquele. Se os actos processuais se dirigem contra pessoa diversa da que é argüida no processo, falta a este um pressuposto processual; e a comprovação destes pertence, oficiosamente, a todos os órgãos oficiais que actuam no processo penal (1984, p. 445).

Nucci compartilha desse posicionamento, aduzindo que a qualificação está “para garantir a segurança processual e do próprio sistema judiciário, evitando-se que um inocente seja levado ao cárcere em lugar do verdadeiro culpado. Não fornecer a qualificação ou ministrá-la falsamente não é direito do réu, nem faz parte, de modo algum, do direito à ampla defesa” (1999, p. 169).¹²⁸

O não fornecimento de dados reais, segundo Haddad (2005b, p. 280) e Lima (2008, p. 1), implicaria no cometimento da contravenção penal prevista no artigo 68 do Decreto-lei nº 3.688/1941.¹²⁹

Couceiro, no entanto, prega uma posição mais rígida, porquanto poderia se caracterizar o crime de desobediência (art. 330), no caso de recusa, falsa identidade (art. 307) ou de falsidade ideológica (art. 299), quando o faça de maneira incorreta, todos previstos no Código Penal (2004, p. 212).

Examinando-se com cuidado o §1º do artigo 187, verificam-se duas ordens de perguntas: as relativas à pessoa do acusado, tais como dados pessoais (nome completo, documentação, filiação, naturalidade, profissão), e aquelas relativas à sua vida social (personalidade, situação e oportunidades sociais, familiar, vida progressa).

As primeiras, sem dúvida, têm por objetivo tornar certa a identificação do acusado e possibilitar apurar se aquele que se encontra ante o magistrado é o mesmo contra quem a denúncia é dirigida.

As segundas destinam-se a fornecer elementos ao magistrado para uma futura e eventual fixação e dosagem da pena, consoante regras previstas nos artigos 59 e seguintes do Código Penal (TORNAGHI, 1995, p. 369).

¹²⁸ Ainda nesse sentido Grinover, Gomes Filho e Fernandes (2004, 97); Moura e Moraes (1994, p. 138); Albuquerque (2008, p. 86); Ristori (2007, p. 161).

¹²⁹ Art. 68. Recusar à autoridade, quando por esta, justificadamente solicitados ou exigidos, dados ou indicações concernentes à própria identidade, estado, profissão, domicílio e residência:

Pena – multa, de duzentos mil réis a dois contos de réis.

Parágrafo único. Incorre na pena de prisão simples, de um a seis meses, e multa, de duzentos mil réis a dois contos de réis, se o fato não constitui infração penal mais grave, quem, nas mesmas circunstâncias, faz declarações inverídicas a respeito de sua identidade pessoal, estado, profissão, domicílio e residência.

No tocante às perguntas do primeiro grupo, compreende-se que efetivamente o direito ao silêncio não socorre ao acusado, amparando-se nos argumentos tecidos por Dias e Nucci, acima transcritos.

Com relação às do segundo grupo, posiciona-se no sentido de que cada caso deve ser considerado individualmente, ou seja, há situações que o direito ao silêncio pode ser invocado pelo acusado.

Por se tratarem de questões que envolvem sua intimidade (oportunidades e condutas sociais, por exemplo), o acusado, querendo, não é obrigado a revelá-las a ninguém, inclusive ao Judiciário. Com efeito, ainda que exista lei que o obrigue, no caso o art. 187, §1º, CPP, o mesmo não se pode sobrepor ao art. 5º, X, da Constituição Federal de 1988, que preserva o direito à intimidade.¹³⁰

Ademais, determinadas informações se reveladas pelo acusado, em casos específicos, podem assumir conotação de auto-incriminação ou o agravamento de eventual condenação (QUEIJO, 2003, p. 202; HADDAD, 2005b, p. 281-282).

Dessa forma, o princípio *nemo tenetur se detegere*, ao contrário do que se pensa, pode encontrar aplicação na parte do interrogatório dedicada à qualificação.

7.4.4 Da informação do direito ao silêncio no interrogatório judicial

Preceitua o artigo 186 do CPP que após a qualificação e a cientificação do inteiro teor da acusação ajuizada, o magistrado deverá informar ao acusado o “seu direito de permanecer calado e não responder perguntas que lhe forem formuladas”.

Na feliz expressão de Haddad “o direito à informação acompanha o direito de permanecer calado assim como o calor anda ao lado do fogo” (2005b, p. 273). Daí se infere que exercício do direito somente será possível se o acusado tiver conhecimento da sua existência.

Cabe, portanto, ao magistrado, neste momento processual, a incumbência de tornar claro ao acusado a possibilidade de exercitar o seu direito. E em nenhum momento deverá interferir sugestionando uma possível decisão.

¹³⁰ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) X - **são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra** e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação (grifou-se);

Não se trata apenas de recitar as palavras da lei, porém de tornar claro, a fim de que haja a efetiva assimilação da idéia pelo acusado do seu direito, nem que para isso seja necessário fazer uma abordagem mais simples do conteúdo do referido artigo, uma vez que a grande maioria daqueles que são processados criminalmente possuem baixo grau de instrução.

7.4.5 Do interrogatório de mérito

Após a advertência acima referida, caso livremente consinta, sem nenhuma forma de coação física ou psicológica, em responder aos questionamentos legais¹³¹ e outros porventura formulados pelo magistrado, e agora também pela acusação e defesa¹³², ainda assim o acusado pode faltar com a verdade em suas declarações.

De fato, a mentira declarada pelo acusado em juízo é tolerada em nossa legislação, porquanto se revela numa atitude defensiva. Não se pode esperar de alguém que está com seu direito de liberdade sob ameaça, que colabore com a sua própria condenação.¹³³

Trata-se, no caso, da manifestação em uma das suas formas do princípio *nemo tenetur se detegere*, como já se disse no início, também denominado princípio contra a auto-incriminação.

¹³¹ Artigo 187. (...)

§ 2º Na segunda parte 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 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.

¹³² Art. 188. Após proceder ao interrogatório, o juiz indagará das partes se restou algum fato para ser esclarecido, formulando as perguntas correspondentes se o entender pertinente e relevante.

¹³³ Discorre Altavilla (1982, p. 28-32) que a mentira não prova a culpa. Não se pode afirmar que o inocente sempre diz a verdade e apresenta a mesma versão para os fatos (reto como o voo da andorinha). Nem que o culpado irá empregar uma ginástica de dialética (MARQUES, 1962, p. 325) para apresentar sua versão dos fatos (conduta sinuosa como o voo do morcego). Enfatiza o mestre que o inocente, por muitas vezes se encontra em uma situação mais difícil que o verdadeiro culpado, mormente para afastar um perigo, criando, entretanto, outros mais graves para si.

Como bem observou Faria (1942, p. 248): “O Estado não reconhece, assim, o direito de mentir, mas não considera a mentira como delito processual (*nemo tenetur se detegere*)”.¹³⁴

Não é o tratamento que se dispensa em outras legislações, como, por exemplo, a americana, em que o acusado, caso dispense o direito de permanecer em silêncio, passa a ter o dever de dizer a verdade, sob pena de incidir nas cominações do crime de perjúrio (GRECO FILHO, 1999, p. 229; OLIVEIRA, 2007, p. 338).

Entretanto, consoante adverte Tornaghi, o acusado pode mentir para se defender, mas não para se acusar (1995, p. 365), pois ao se imputar crime inexistente ou cometido por outrem, estará cometendo o delito de auto-acusação falsa, previsto no art. 341 do Código Penal¹³⁵.

Tal posicionamento, ainda que se apresente como uma limitação ao princípio contra a auto-incriminação, é acertado, uma vez que a conduta poderá ensejar diligências inúteis, com o desperdício de tempo, recursos financeiros e humanos, prejudicando, assim, a administração da justiça (MIRABETE, 1996, p. 389).

7.5 Das Reformas Promovidas pelas Leis nº 11.689/2008, 11.690/2008 e 11.719/2008

O Congresso Nacional recentemente editou três leis que modificaram substancialmente o Código de Processo Penal, dando continuidade a uma série de reformas parciais.

De fato, a primeira delas, a Lei nº 11.689/2008, reformulou todo o capítulo dedicado ao processamento dos crimes dolosos contra a vida, de competência do Tribunal do Júri. A segunda, Lei nº 11.690/2008, trouxe alterações na disciplina da prova. E, por fim, a Lei nº 11.719/2008, novas regras quanto ao procedimento comum (ordinário e sumário), *emendatio* e *mutatio libelli* e suspensão do processo.

Novas modificações são aguardadas no tocante aos recursos (projeto de lei nº 4.206/2001)¹³⁶, às medidas cautelares (projeto de lei nº 4.208/2001)¹³⁷ e inquérito

¹³⁴ Ver também MARQUES, 1965, p. 324.

¹³⁵ Art. 341. Acusar-se, perante autoridade, de crime inexistente ou praticado por outrem: Pena – detenção, de 3 (três) meses a 2 (dois) anos, ou multa.

¹³⁶ “Reorganiza o sistema recursal a partir da classificação dos provimentos jurisdicionais, em sentenças, decisões interlocutórias e despacho de expediente. Dispõe sobre cabimento de agravo, da

policial (projeto de lei nº 4.209/2001)¹³⁸, os quais tramitam em regime de urgência nas casas legislativas.

O conjunto de tais reformas pontuais tem por claro objetivo a adequação do Estatuto Processual Penal aos ditames consagrados na Constituição Federal de 1988, bem como aos documentos internacionais sobre direitos humanos: Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, da ONU, e a Convenção Americana de Direitos Humanos, da OEA.

Certo é que a Constituição Federal de 1988 delineou para o processo penal um sistema acusatório, garantista dos direitos individuais, em virtude dos princípios do devido processo legal (art. 5º, LIV), da ampla defesa e do contraditório (art. 5º, LV), do juiz natural (art. 5º, LIII), da imparcialidade (art. 95), da exclusiva iniciativa da promoção da ação penal pública pelo Ministério Público (art. 129, I) e da presunção de inocência (art. 5º, LVII).

Entretanto, como já anteriormente afirmado, o espírito que anima o Estatuto Processual ainda é evidentemente inquisitivo, o que foi aguçado pela reforma provida pela citada Lei 11.690/2008, a qual simplesmente aumentou os poderes do juiz na gestão da prova, ao autorizar, por meio do artigo 156, a produção probatória de ofício em dois momentos distintos, a saber: a) antes de iniciada a ação penal, ou seja, antes de existir processo, pois este apenas se configura com a propositura da ação penal pelo Ministério Público; b) e antes de prolatar a sentença; *verbis*:

Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:

I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida;

II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

apelação, do processo e julgamento dos recursos nos Tribunais, dos embargos de declaração, do recurso especial e extraordinário e das ações de impugnação na revisão criminal e no habeas corpus. Extingue a carta testemunhável.” Disponível em: <www.camara.gov.br>. Acesso em: 24.11.2008.

¹³⁷ “Estabelece critérios e aumenta o rol das medidas cautelares; indica as espécies de prisão admitidas: prisão em flagrante, prisão temporária, prisão preventiva e prisão decorrente de sentença condenatória transitada em julgado; revogando-se a prisão em decorrência de decisão de pronúncia ou de sentença condenatória e dispondo sobre a liberdade provisória e concessão de fiança.” Disponível em: <www.camara.gov.br>. Acesso em: 24.11.2008.

¹³⁸ “Altera os procedimentos da investigação policial, mantendo as formas atuais, a saber: o termo circunstanciado para infração penal de menor potencial ofensivo e o inquérito policial para as demais infrações, visa agilizar e simplificar a primeira fase da "persecutio criminis". Estabelece como função essencial à polícia judiciária o registro e a investigação da infração penal pública.” Disponível em: <www.camara.gov.br>. Acesso em: 24.11.2008.

A propósito explica com acuidade Lopes Jr. que:

O art. 156 do CPP funda um sistema inquisitório, pois representa uma quebra da igualdade, do contraditório, da própria estrutura dialética do processo. Como decorrência, fulminam a principal garantia da jurisdição, que é a imparcialidade do julgador. Está desenhado um processo inquisitório (2008, p. 10).

Cuida-se de flagrante violação à carta constitucional, na medida em que quebra o princípio do devido processo legal, no qual se incluiu a imparcialidade do julgador, bem como se altera a distribuição de competências por ela instituída, pois a inquirição e a investigação constituem atribuição da Polícia Judiciária e Ministério Público.

O pleno do STF, no julgamento da ADIN nº 1.570-DF, ao declarar inconstitucional o artigo 3º da Lei nº 9.034/1995, que permitia a realização de diligências pessoalmente pelo juiz, afastou a possibilidade da figura do juiz investigador, *verbis*:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 9034/95. LEI COMPLEMENTAR 105/01. SUPERVENIENTE. HIERARQUIA SUPERIOR. REVOGAÇÃO IMPLÍCITA. AÇÃO PREJUDICADA, EM PARTE. "JUIZ DE INSTRUÇÃO". REALIZAÇÃO DE DILIGÊNCIAS PESSOALMENTE. COMPETÊNCIA PARA INVESTIGAR. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. IMPARCIALIDADE DO MAGISTRADO. OFENSA. FUNÇÕES DE INVESTIGAR E INQUIRIR. MITIGAÇÃO DAS ATRIBUIÇÕES DO MINISTÉRIO PÚBLICO E DAS POLÍCIAS FEDERAL E CIVIL. (...)

2. Busca e apreensão de documentos relacionados ao pedido de quebra de sigilo realizadas pessoalmente pelo magistrado. Comprometimento do princípio da imparcialidade e conseqüente violação ao devido processo legal.

3. Funções de investigador e inquisidor. Atribuições conferidas ao Ministério Público e às Polícias Federal e Civil (CF, artigo 129, I e VIII e § 2º; e 144, § 1º, I e IV, e § 4º). A realização de inquérito é função que a Constituição reserva à polícia. Precedentes. Ação julgada procedente, em parte.¹³⁹

Portanto, a Constituição Federal delimitou de forma clara os papéis dos personagens no cenário do processo penal: se à Polícia Judiciária e ao Ministério Público cabem a investigação e a este último o manejo da ação penal, ao magistrado cabe à missão de julgar, com imparcialidade. Nesse sentir, a conclusão de Domenico:

¹³⁹ STF, ADI nº 1570-DF, rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 22.10.2004, p. 137-146.

A missão do julgador é julgar. Aplicar a lei diante do caso concreto e provado. Não tem compromisso com a acusação, tampouco com a defesa. Tem compromisso, sim, de julgar as provas apresentadas no processo e concluir se a pretensão acusatória é procedente (2008, p. 12).

Entretanto, considerando que a carta magna é a pedra angular de todo o ordenamento jurídico, ditando ela que o processo penal (deve) se estrutura(r) em um sistema acusatório, tais anomalias, resquícios ainda presente na mentalidade do legislador e de parcela dos operadores jurídicos, devem ser sanadas, para que então tal sistema possa imperar com plenitude no ordenamento brasileiro. Enquanto isso não se verificar, o que se configura é um sistema que se esforça em ser acusatório.

A propósito Maia Neto, de forma acertada, enfatiza que a Constituição Federal de 1988 não poderia ter recepcionado o Código de Processo Penal de 1941, evidentemente inquisitivo, mas a doutrina e jurisprudência dominante promoveram uma forma de fazê-lo, ao jeitinho brasileiro, *verbis*:

A Constituição federal somente recepciona dispositivos legais perfeitamente ajustados e coadunados com o espírito e regime por ela adotado; do contrário expulsa, repugna e afasta.

O Código de Processo Penal entrou em vigor no chamado "Estado Novo" (época de ditadura civil, do estado opressivo, etc.), assim seu espírito foi e era outro, razão pela qual a Constituição federal de 1988 não poderia tê-lo recepcionado.

Na verdade e na correta interpretação jurídica, não recepcionou, foi a doutrina e a jurisprudência pátria ortodoxa, dominante e acomodada que insistiu e insiste ainda em dar guarida ao sistema absolutista, através de um discurso demagógico, hipócrita e político de baixíssimo nível científico, ao criar a expressão "sistema processual misto", entre outras aberrações.

Afirma Jacinto N. de Miranda Coutinho, não existe sistema processual misto, ou é inquisitivo ou é acusatório. O sistema misto que ora se apresenta inquisitivo ora acusatório possui amparo no "jeitinho brasileiro", intermediado por "juristas" que pouco entendem sobre processo penal democrático, ou possuem um saber penal limitado, na expressão de Raul Zaffaroni.

Alberto Binder e Julio Maier ensinam com propriedade o direito processual democrático e sobre o sistema acusatório-oral (ver "Estratégias para a Reforma da Justiça Penal", Revista Jurisprudência Criminal Brasileira, Ed. Juruá - Curitiba, vol. 33, 1994, trad. MAIA NETO, Cândido Furtado; e "Reformas Procesales en América Latina"; Ed. CPU; "Situación y Políticas Judiciales en América Latina" Ed. Univ. Diego Portales; Chile, 1993, entre outras).

Dizer que o sistema processual penal brasileiro é misto e que estão assegurados os direitos fundamentais dos acusados, é igual tentar justificar às crianças a existência do "papai noel", "coelhinho da páscoa", "do saci pererê", etc.

Aqueles que admitem a existência do sistema misto (inquisitivo-acusatório) são falsos defensores do Estado Democrático, cujo discurso autoritário

velado, somente interessa a repressão desenfreada, ao Estado de Polícia, ao arbítrio e aos abusos de poder, alimentando anseios, desejos, posturas que impedem o pleno exercício das garantias individuais e fundamentais processuais, caracterizando crime contra os Direitos Humanos, de lesa humanidade, de lesa democracia e lesa cidadania (2008, p. 1-2).

Por outro lado, a reforma trouxe mudanças, sem sombra de dúvidas, positivas, no campo do interrogatório e, conseqüentemente, do princípio *nemo tenetur se detegere*.

A Lei nº 11.719/2008, em vigor desde 22.08.2008, após um período de *vacatio legis* de sessenta dias, dentre outras questões, redefiniu totalmente os procedimentos aplicáveis à instrução criminal¹⁴⁰.

Inicia-se o novo capítulo da instrução criminal (art. 394) estipulando-se que o procedimento será comum ou especial, neste último caso compreendido aqueles a quem o próprio Código prevê ritos diversos (por exemplo, o júri) ou estabelecidos em leis especiais, como a Lei de Tóxicos, o Estatuto da Criança e Adolescente, etc.

O procedimento comum se subdivide em ordinário, sumário e sumaríssimo, os quais passam a ser distinguidos em razão da quantidade da pena máxima a ser aplicada aos crimes apurados e não mais pela modalidade do cumprimento da pena (detenção ou reclusão).

Logo, o procedimento ordinário regerá os casos em que a sanção máxima seja igual ou superior a quatro anos de pena privativa de liberdade; o procedimento sumário aos casos em a pena seja inferior a quatro anos; e o sumaríssimo nos casos de infração penal de menor potencial ofensivo, cuja pena máxima não ultrapasse dois anos (art. 61 da Lei nº 9.099/1995, Lei dos Juizados Especiais Criminais).

Como dispõe o art. 394, §2º, o procedimento comum é aplicável a todos os processos, excepcionando-se as disposições em contrário previstas no próprio Estatuto ou em Lei Especial. E no §5º cuida-se de firmar a regra da aplicação

¹⁴⁰ Pela sistemática anteriormente aplicada ao procedimento ordinário, recebida a denúncia, o magistrado designava audiência para o interrogatório do acusado; após abria-se o prazo de três dias para a apresentação da defesa prévia, oportunidade em que, normalmente, se requeria a oitiva das testemunhas de defesa; uma nova audiência era então designada para a oitiva das testemunhas arroladas pelo Ministério Público e, na seqüência, da defesa; em decorrência de fatos apurados durante a instrução, as partes poderiam requer e o juiz determinar novas diligências (art. 499 do CPP); concluídas as mesmas, abria-se vista dos autos para apresentação de alegações finais pelas partes, a começar pela acusação (art. 500 do CPP); os autos então eram conclusos para sentença (art. 501 do CPP).

subsidiária do procedimento ordinário aos demais procedimentos: sumário, sumaríssimo e especial.

Uma vez oferecida a denúncia pelo Ministério Público, nos procedimentos ordinário e sumário, e não sendo o caso de sua rejeição, enquadráveis numa das hipóteses previstas no art. 395¹⁴¹, será recebida a denúncia e determinada a citação do acusado, não mais para o interrogatório, consoante regra anterior, porém para a apresentação de defesa, por escrito e no prazo de dez dias, podendo “argüir preliminares e alegar tudo o que interesse à sua defesa, oferecer documentos e justificações, especificar as provas pretendidas e arrolar testemunhas, qualificando-as e requerendo sua intimação, quando necessário” (art. 396-A).

Não se tratando de uma faculdade, mas de ato indispensável, porquanto o art. 396-A, §2º, dispõe que sua não apresentação implicará na nomeação de um defensor para oferecê-la.

Em que pese não ter sido previsto pelo Código, Moreira (2008, p. 12) salienta ser necessário oportunizar a manifestação do órgão acusador quanto à defesa apresentada, pelo prazo de cinco dias, aplicando-se analogicamente o art. 409, uma vez que, na seqüência, permite-se o julgamento antecipado do caso concreto, consoante regra do art. 397, *verbis*:

Art. 397. Após o cumprimento do disposto no art. 396-A, e parágrafos, deste Código, o juiz deverá absolver sumariamente o acusado quando verificar:
I - a existência manifesta de causa excludente da ilicitude do fato;
II - a existência manifesta de causa excludente da culpabilidade do agente, salvo inimputabilidade;
III - que o fato narrado evidentemente não constitui crime; ou
IV - extinta a punibilidade do agente.

Evita-se, assim, a tramitação desnecessária de um feito, no qual de antemão se pode aferir pela inviabilidade da atividade persecutória. Cuida-se de decisão de mérito, apta a formar a coisa julgada material, desafiando, portanto, o recurso de apelação (MOREIRA, 2008, p. 13).

Afastada a possibilidade de rejeição da denúncia ou do julgamento antecipado do caso, designar-se-á a audiência (art. 399).

¹⁴¹ Art. 395. A denúncia ou queixa será rejeitada quando: I - for manifestamente inepta; II - faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal; ou III - faltar justa causa para o exercício da ação penal.

Neste ponto se verificam, também, sensíveis mudanças no procedimento ordinário e sumário, uma vez que novos princípios são incorporados ao mesmo, a saber: a concentração dos atos processuais, a oralidade e a identidade física do juiz.

Por força do art. 400 do Código de Processo Penal, nos citados procedimentos, a produção de provas deve ser realizada, dentro do possível, em apenas uma audiência, ou seja, concentrando-se os atos processuais, *verbis*:

Art. 400. Na audiência de instrução e julgamento, a ser realizada no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, ressalvado o disposto no art. 222 deste Código, bem como aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, **interrogando-se, em seguida, o acusado.**

§ 1º **As provas serão produzidas numa só audiência**, podendo o juiz indeferir as consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias.

§ 2º Os esclarecimentos dos peritos dependerão de prévio requerimento das partes. (grifou-se)

Daí se infere que outra modificação operada por meio desse dispositivo consiste na inversão da ordem do interrogatório do acusado, que passa para o final. Em um primeiro momento, sendo o caso, será realizada a oitiva do ofendido, seguindo-se com as testemunhas de acusação, as testemunhas da defesa e, por fim, o interrogatório do acusado.

Não se trata de uma inovação no ordenamento processual penal brasileiro, porquanto já conhecido desde a edição da Lei 9.099/1995 (art. 81). Tanto que acerca do tema Grivoner *et al* já pontificavam que:

O interrogatório é o momento mais importante da *auto-defesa*; é a ocasião em que o acusado pode fornecer ao juiz sua versão pessoal sobre os fatos e sua realização após a colheita da prova permitirá, sem dúvida, um exercício mais completo do *direito de defesa*, inclusive pela faculdade de permanecer em *silêncio* (art. 5º, LVIII, CF) (2005, p. 192).

Assiste razão aos mestres paulistas, os princípios da ampla defesa e do contraditório ganham plena eficácia com o deslocamento do interrogatório ao final da instrução. A partir desse momento se torna possível à defesa a avaliação de todo o conjunto probatório produzido pelo Ministério Público, possibilitando se decidir acerca da linha de defesa que será assumida.

Não é por outra razão que MAIA NETO o denomina de “procedimento acusatório democrático”, pois em conformidade com a Carta Magna e os textos internacionais de defesa dos direitos humanos (2008, p. 2).

No regime anterior como eram grandes as incertezas quanto ao conteúdo das provas que seriam produzidas em juízo, o direito ao silêncio, muitas vezes, se apresentava como uma alternativa atraente. Com o novo sistema, arrisca-se a afirmar que o exercício do direito ao silêncio, se já era diminuto em juízo, reduzir-se-á ainda mais, pois se revela interessante ao acusado apresentar a sua versão dos fatos e repelir ele mesmo as alegações da acusação.

Quanto à natureza do interrogatório, o fato de ter sido reposicionado após a colheita do depoimento do ofendido e dos testemunhos certamente evidenciou-o como meio de defesa; no entanto, tais circunstâncias não têm o condão de aniquilar sua natureza também de prova.

Com efeito, ainda que o acusado possa visualizar todo o conjunto probatório a fim de decidir, em conjunto com seu defensor, para qual caminho encaminhará sua defesa, na hipótese de renunciar ao direito de permanecer em silêncio, suas manifestações serão analisadas pelo julgador e cotejadas com os demais elementos carreados nos autos, podendo ser consideradas contra si, segundo as razões já apontadas no tópico 7.1 deste estudo.

Logo, mantêm-se a natureza híbrida do interrogatório, ou seja, tanto de defesa quanto de prova.

Ainda no que tange ao interrogatório, deve-se consignar que a Lei 11.689/2008, ao redefinir as regras do procedimento do júri, inovou no art. 457, garantindo expressamente o direito do acusado, solto ou preso, de não comparecer no julgamento pelo júri, *verbis*.

Art. 457. **O julgamento não será adiado pelo não comparecimento do acusado solto**, do assistente ou do advogado do querelante, que tiver sido regularmente intimado.

§ 1º Os pedidos de adiamento e as justificações de não comparecimento deverão ser, salvo comprovado motivo de força maior, previamente submetidos à apreciação do juiz presidente do Tribunal do Júri.

§ 2º Se o acusado preso não for conduzido, o julgamento será adiado para o primeiro dia desimpedido da mesma reunião, **salvo se houver pedido de dispensa de comparecimento subscrito por ele e seu defensor** (grifou-se).

De fato, não mais há a obrigatoriedade do comparecimento do acusado solto devidamente intimado, bem como do acusado preso que requer sua dispensa ao juízo da causa; neste último caso, saliente-se que não se trata de uma generosidade (discricionariedade) do magistrado, porém de um direito do acusado.

Ora, se a presença do acusado é dispensável, também o é, por consequência, o interrogatório.

Ainda que em relação ao procedimento comum não se tenha contemplado uma alteração legislativa expressa nesse sentido, considerando-se o Estatuto Processual Penal com um todo, ou melhor, como um sistema, uma unidade, tal regra, por analogia, em benefício do acusado, também deve ser estendida a esse interrogatório.

Não seria compreensível que em relação aos crimes dolosos contra a vida fosse dispensado tratamento mais benéfico em relação ao interrogatório, e o mesmo não fosse possível também no procedimento comum, onde os crimes apurados são menos graves.

Além disso, se o interrogatório possui uma acentuada natureza de meio de defesa, em face da alteração promovida pela Lei nº 11.719/2008, e se o acusado possui o direito de permanecer em silêncio (art. 5º, LVIII, da CF), não mais subsistem razões em conduzi-lo coercitivamente para ser interrogado, concluindo-se pela revogação do artigo 260 do CPP.

Muito antes da reforma, por conta do novo regime constitucional, Dotti já defendia esse ponto de vista, *verbis*:

O interrogatório, à luz da Constituição de 1988, é um *direito individual* do acusado, e disponível, respeitada a garantia ao silêncio. Comprovado que a citação pessoal foi efetivada, o réu poderá, antes ou no dia do interrogatório, requerer a dispensa desse ato e a continuidade do processo, iniciando-se o prazo para a apresentação da defesa prévia. Não se aplica, obviamente, o disposto no art. 260 do CPP que prevê a condução do réu se o mesmo não atender à intimação para o interrogatório (2000, p. 430).

Dando continuidade ao exame da audiência de instrução, constata-se a consagração também do princípio da oralidade, porquanto, finalizada a oitiva do acusado e não havendo requerimento de diligências pelas partes, conforme disposto pelo art. 403 do CPP, deverão ser oferecidas alegações finais orais pela acusação e defesa, seguindo-se com a sentença.

A regra passa a ser a oralidade, admitindo exceções nos casos complexos ou com grande número de acusados (art. 403, §3º, CPP), hipóteses em que as alegações finais serão escritas.

Outro princípio incorporado pela citada reforma é o da identidade física do juiz, estabelecido no art. 399, §2º, do CPP, por meio do qual “o juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença”.

Dessa forma, como consequência da conjugação dos princípios da concentração dos atos processuais, a oralidade e da identidade física, o juiz que colhe a prova tem melhores condições para efetuar um julgamento, com base nas impressões pessoais obtidas durante a instrução.

Além do mais, o pronunciamento da sentença na própria audiência se justifica pela circunstância de que havendo um grande lapso de tempo entre esta e os atos instrutórios, inevitavelmente se perderá da memória do juiz os detalhes observados e que são fundamentais para o deslinde do feito (ALVIM, 1996, p. 417).

O que foi dito neste tópico também se aplica ao procedimento sumário (art. 533)¹⁴², bem como em ambas as fases do procedimento do júri (art. 411¹⁴³ – instrução preliminar -, 473¹⁴⁴ e 474¹⁴⁵ – instrução em plenário).

¹⁴² Art. 533. Aplica-se ao procedimento sumário o disposto nos parágrafos do art. 400 deste Código. (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008).

¹⁴³ Art. 411. Na audiência de instrução, proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido, se possível, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, bem como aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, em seguida, o acusado e procedendo-se o debate. §1º Os esclarecimentos dos peritos dependerão de prévio requerimento e de deferimento pelo juiz. §2º As provas serão produzidas em uma só audiência, podendo o juiz indeferir as consideradas irrelevantes, impertinentes ou protelatórias. §3º Encerrada a instrução probatória, observar-se-á, se for o caso, o disposto no art. 384 deste Código. §4º As alegações serão orais, concedendo-se a palavra, respectivamente, à acusação e à defesa, pelo prazo de 20 (vinte) minutos, prorrogáveis por mais 10 (dez). §5º Havendo mais de 1 (um) acusado, o tempo previsto para a acusação e a defesa de cada um deles será individual. §6º Ao assistente do Ministério Público, após a manifestação deste, serão concedidos 10 (dez) minutos, prorrogando-se por igual período o tempo de manifestação da defesa. §7º Nenhum ato será adiado, salvo quando imprescindível à prova faltante, determinando o juiz a condução coercitiva de quem deva comparecer. §8º A testemunha que comparecer será inquirida, independentemente da suspensão da audiência, observada em qualquer caso a ordem estabelecida no caput deste artigo. §9º Encerrados os debates, o juiz proferirá a sua decisão, ou o fará em 10 (dez) dias, ordenando que os autos para isso lhe sejam conclusos.

¹⁴⁴ Art. 473. Prestado o compromisso pelos jurados, será iniciada a instrução plenária quando o juiz presidente, o Ministério Público, o assistente, o querelante e o defensor do acusado tomarão, sucessiva e diretamente, as declarações do ofendido, se possível, e inquirirão as testemunhas arroladas pela acusação.

§ 1º Para a inquirição das testemunhas arroladas pela defesa, o defensor do acusado formulará as perguntas antes do Ministério Público e do assistente, mantidos no mais a ordem e os critérios estabelecidos neste artigo.

§ 2º Os jurados poderão formular perguntas ao ofendido e às testemunhas, por intermédio do juiz presidente.

Na medida em que a Lei nº 11.719/2008 adequou as normas dos ritos aos ditames da Constituição Federal de 1988, estabelecendo um procedimento acusatório democrático e mais favorável ao acusado, revogou todos os procedimentos previstos nas Leis Especiais, que com ele seja incompatível, em que pese o disposto no art. 394, §2º, do CPP¹⁴⁶.

De fato, o critério da especialidade resta afastado nesta situação, conforme ensina MAIA NETO (2008, p. 2):

Têm-se pós lei n.º 11.719/2008, a preeminência do princípio da *lex generalis e lex posteriori, revogat lex anteriori*. Não sendo, neste caso, aplicável o princípio da *lex speciali revogat lex generali*.

É a Lei Maior que estabelece o sistema processual acusatório, e todas as leis e procedimentos devem seguir a Norma Geral e Maior, em respeito ao princípio de equidade, da proporcionalidade e de humanidade; prevalecendo os princípios *lex generali revogat lex speciali e lex favorabilis*, visto que o interrogatório do réu se dá ao final da instrução criminal.

Com razão o mestre paranaense, é a Constituição Federal de 1988 que conforma o ordenamento jurídico e não o contrário. Assim, não se justifica a aplicação do princípio da especialidade para se manter em vigor os dispositivos de leis processuais penais que contenham regras que a contrariem.

E a reforma promovida pela Lei nº 11.719/2008, ao deslocar o interrogatório para o final da instrução, possibilita o pleno exercício da ampla defesa e do contraditório pelo acusado, portanto, guarda estreita consonância com a Carta Magna 1988 e deve ser observada em todas as demandas penais.

Ademais, admite-se a analogia em favor do acusado, como regra geral aplicável a toda a ordem processual penal, nos termos do artigo art. 3º do Código de Processo Penal¹⁴⁷.

§ 3º As partes e os jurados poderão requerer acareações, reconhecimento de pessoas e coisas e esclarecimento dos peritos, bem como a leitura de peças que se refiram, exclusivamente, às provas colhidas por carta precatória e às provas cautelares, antecipadas ou não repetíveis.

¹⁴⁵ Art. 474. A seguir será o acusado interrogado, se estiver presente, na forma estabelecida no Capítulo III do Título VII do Livro I deste Código, com as alterações introduzidas nesta Seção.

§ 1º O Ministério Público, o assistente, o querelante e o defensor, nessa ordem, poderão formular, diretamente, perguntas ao acusado.

§ 2º Os jurados formularão perguntas por intermédio do juiz presidente.

§ 3º Não se permitirá o uso de algemas no acusado durante o período em que permanecer no plenário do júri, salvo se absolutamente necessário à ordem dos trabalhos, à segurança das testemunhas ou à garantia da integridade física dos presentes.

¹⁴⁶ § 2º Aplica-se a todos os processos o procedimento comum, salvo disposições em contrário deste Código ou de lei especial.

¹⁴⁷ Art. 3º. A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito.

Dessa forma, por “carecer de legitimidade, legalidade e constitucionalidade” foram revogados, por exemplo, os procedimentos da Lei nº 4.737/1965 (art. 359 – Código Eleitoral), Decreto-lei nº 1.002/1969 (art. 302 - Código de Processo Penal Militar), Lei nº 8.069/1990 (art. 186 – Estatuto da Criança e do Adolescente), Lei nº 11.340/2006 (art.13 – Lei Maria da Penha) e Leis nº 11.343/2006 (art. 57 – Lei de tóxicos) (MAIA NETO, 2008, p. 3).

Por fim, resta uma indagação: aos processos, em curso segundo o procedimento comum, aplica-se a nova disciplina instituída pela Lei 11.719/2008 ou a do regime anterior?

Aos casos recentemente ajuizados não há dúvida de que se aplica a nova lei, conforme determina o Código de Processo Penal, acerca da sucessão de leis no tempo, no art. 2º: “A lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior”.

Em relação às demais situações possíveis de ocorrência, o tema adquire contornos diversos.

Badaró fornece uma orientação no tocante ao problema e ensina que três sistemas podem ser verificados nessas hipóteses, a saber: a) da unidade processual; b) das fases processuais; c) e do isolamento dos atos processuais. Vejamos:

Pelo **sistema da unidade processual**, uma única lei deve reger todo o processo. No caso, a lei velha continuará ultra-ativa. A solução oposta, de regência pela lei nova, implicaria a sua retroação, com a ineficácia dos atos processuais anteriormente praticados, o que violaria os direitos processuais adquiridos das partes, com desperdício de atividade processual. **No segundo sistema, das fases processuais**, deve ser considerada, separadamente, cada uma das fases processuais autônomas, quais sejam, a postulatória, a ordinatória, a instrutória, a decisória e a recursal, que poderão ser regidas, de per si, por uma lei diferente. Conseqüentemente, lei anterior será ultra-ativa até o final da fase que estava em curso, quando entrou em vigor a lei nova, que só passará a ser aplicada a partir da fase seguinte. Finalmente, no **sistema do isolamento dos atos processuais**, admite-se que cada ato deve ser regido por uma lei, o que permite que a lei velha regule os atos já praticados, ocorridos sob sua vigência, enquanto que a lei nova terá aplicação imediata, passando a disciplinar os atos futuros, sem as limitações relativas às fases do processo (2008, p. 23, grifou-se).

Os três sistemas resultam do equacionamento dos princípios da aplicação imediata da norma e o da ultra-atividade, este último consistente na possibilidade da norma ser aplicada “ainda após o começo de vigência da lei nova” (TORNAGHI, 1995, p. 24).

O primeiro deles – sistema da unidade processual - é incompatível com o regramento do art. 2º do CPP, acima transcrito, porquanto não se justifica a possibilidade da lei revogada ser aplicada a todo o processo, já que a incidência da norma processual, em regra, é imediata e futura (TOURINHO Filho, 1994, p. 102 e 104).

A crítica possível ao sistema de isolamento dos atos processuais – cada ato em si é regulado pela lei processual vigente no momento – consiste no fato de que há determinadas situações em que não é possível efetuar a separação dos atos processuais, na medida em que, assim como os elos de um corrente, é a união dos mesmos, em determinada seqüência, que dá sentido ao todo (BADARÓ, 2008, p. 24).

É o que se pode dizer dos atos praticados durante a fase instrutória, em que são colhidos os depoimentos do ofendido, das testemunhas de acusação e defesa e realização de diligências, cuja realização e seqüência dão forma e unidade a todos os demais atos, restando prejudicado o pretendido isolamento.

A solução parece estar no sistema das fases processuais, na medida em que permite a conclusão dos atos processuais pendentes de cumprimento, segundo a lei revogada (ultra-atividade), até o final da fase processual em que se encontra – postulatória, instrutória, decisória, recursal.

Logo, encerrada a fase processual, deixa-se de se aplicar a lei revogada e a novel legislação passa a conduzir a tramitação do feito.

Essa foi a orientação estabelecida pela Lei de Introdução ao atual Código de Processo Penal - Decreto-lei nº 3.931/1941 –¹⁴⁸, como se observa em vários de seus dispositivos, especialmente no artigo 6º, *verbis*: “As ações penais, em que já se tenha iniciado a produção de prova testemunhal, prosseguirão, até a sentença de primeira instância, com o rito estabelecido na lei anterior.”¹⁴⁹

Justificando esse posicionamento Tourinho Filho afirma que se evita um considerável tumulto no processo (1994, p. 102).

Segundo o ensinamento de Marques, no regime da lei revogada, o interrogatório integra(va) a fase postulatória, que se inicia com o oferecimento da denúncia e se encerra com a defesa do acusado (1965, p. 144).

¹⁴⁸ A propósito, Tornaghi observou que mencionado diploma legal, em que pese conter normas destinadas a regular a entrada em vigor do Código de Processo penal, “permite a inferência de alguns princípios gerais” (1995, p. 24).

¹⁴⁹ Disponível em: <www.senado.gov.br>. Acesso em: 27.11.2008.

Por sua vez, a fase de instrução se iniciava com a designação da audiência de oitiva das testemunhas e se estendia até o momento da apresentação de alegações finais pela partes (MARQUES, 1965, p. 269-271).

Não fosse pela mudança ocasionada pela reforma da Lei nº 11.719/2008, transferindo o interrogatório ao final da oitiva de todas as testemunhas, a questão não oferecia maiores problemas; todavia, com a mescla de atos da fase postulatória com a de instrução, impõe-se adaptações em cada caso concreto.

Na hipótese de se já ter realizado a citação e o interrogatório do acusado, convém que se prossiga com a apresentação da defesa prévia, tal como determinado pela lei revogada¹⁵⁰, especialmente para a indicação das testemunhas a serem ouvidas, e a conseqüente realização dos demais atos processuais de instrução, observando-se as disposições da nova lei; é o que sugere Badaró (2008, p. 24).

Em que pese já tenha realizado o interrogatório, com o intuito de não causar prejuízo à defesa, uma vez que o objetivo da reforma teve por finalidade favorecer o acusado, lembre-se, com o pleno exercício da ampla defesa e contraditório, importa que seja oportunizado ao mesmo decidir acerca do seu interesse em se submeter a um novo interrogatório, apresentando novas considerações em face do apurado por meio da prova testemunhal ou pericial coligida na instrução ou corroborando o que já disse acerca dos fatos.

Diante do que se expôs, autoriza-se afirmar que a conjugação das alterações promovidas pelas Leis 10.792/2003 e 11.719/2008 verdadeiramente se levou a cabo uma revolução no instituto do interrogatório judicial, aperfeiçoando-o e alinhando-o ao modelo constitucional acusatório, digno das sociedades humanas mais evoluídas.

7.6 Da Realização do Interrogatório durante o Inquérito Policial ou Investigação Preliminar

7.6.1 Considerações gerais

A Constituição Federal de 1988, no capítulo destinado à segurança pública (artigos 144 e seguintes), atribui à Polícia Federal e Civil, esta no âmbito dos

¹⁵⁰ Art. 395. O réu ou seu defensor poderá, logo após o interrogatório ou no prazo de três dias, oferecer alegações escritas e arrolar testemunhas.

Estados, cada qual observando a competência definida em lei, a responsabilidade pela apuração das infrações penais.

Tais instituições, vinculadas ao Poder Executivo, compõem o que se denomina de Polícia Judiciária, pois desenvolvem referido mister, apuração da autoria e materialidade dos delitos, por meio de uma investigação preliminar, denominada de inquérito policial, consoante art. 4º e seguintes do Código de Processo Penal.¹⁵¹

Por consistir num procedimento pré-processual, apresenta natureza administrativa (LOPES Jr., 2006b, p. 41), cujas circunstâncias e elementos colhidos possuem como destinatário o Ministério Público, a quem a Constituição Federal reservou privativamente, a promoção da ação penal (art. 129, I).¹⁵²

Daí porque com razão Rangel ao afirmar que o inquérito policial, analisado sob uma perspectiva constitucional, possui uma função de garantia, para evitar a instauração de uma persecução penal infundada (2007, p. 67).

Convém ressaltar que o inquérito policial, entretanto, não é essencial à propositura da ação penal, podendo o Ministério Público ajuizá-la se entender reunidos, em um determinado caso, os elementos necessários (OLIVEIRA, 2007, p. 38).

O inquérito policial pauta-se por um modelo inquisitivo, ou seja, fundamentado num procedimento desprovido de contraditório e da ampla defesa, secreto, escrito, focalizando o indivíduo como mero objeto de investigação (RANGEL, 2007, p. 51; NUCCI, 1999, p. 189)

A concepção de um sistema processual dividido em duas fases: a primeira inquisitiva, aplicada durante a investigação preliminar, e a segunda acusatória, marcando o processo judicial, deu-se por obra do Código de Instrução Criminal francês, de 1808, fruto do pensamento de Napoleão Bonaparte, cujo modelo, denominado de sistema misto, se espalhou pelo mundo (GOMES Filho, 1997, p. 142) e foi adotado no Brasil.

Almeida (1973, p. 126-136) esclarece que durante o império a formação da culpa (atual investigação preliminar) era obra do trabalho do juiz de paz e do júri de

¹⁵¹ Art. 4º A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria.

¹⁵² Não se pode olvidar, contudo, que outras investigações preliminares podem ser desenvolvidas pelo Ministério Público, Comissões Parlamentares de Inquérito (CPIs), Sindicâncias, todas também previstas em lei.

acusação. Num primeiro momento, logo após o recebimento da comunicação ou ciência da ocorrência do delito, cabia ao juiz de paz a realização da formação da culpa preliminar, com a coleta das provas do delito, inquirição do(s) acusado(s) e testemunhas.

Concluídas as investigações, e em caso de procedência das imputações, exarava-se um despacho formador de culpa, que então era submetido a um júri de acusação, o qual decidia em relação à sua pertinência e legalidade.

Por meio da Lei nº 261, de 03.12.1841, e Regulamento nº 120, de 31.01.1842, o Código de Processo Criminal de 1832 sofreu alterações. O júri de acusação foi suprimido e a formação da culpa, entendido como o corpo de delito e o sumário da pronúncia, passou à competência do Chefe de Polícia¹⁵³, selecionados dentre desembargadores e juízes de direito, e aos seus delegados e subdelegados. No entanto, os juízes de paz continuaram auxiliando na realização do corpo de delito.

Em 1871 foram editadas a Lei nº 2.033 e o Regulamento nº 4.824, que restringiram o poder do Chefe de Polícia, “separando as funções de polícia e de jurisdição” (RANGEL, 2007, p. 67), mas atribuindo-lhe a competência pelo que em 1941, com o atual Código de Processo Penal, se denominaria de inquérito policial:

Lei nº 2.033/1871: Art. 10. Aos Chefes, Delegados e Subdelegados de Policia, além das suas actuaes attribuições tão sómente restringidas pelas disposições do artigo antecedente, e § unico, fica pertencendo o preparo do processo dos crimes, de que trata o art. 12 § 7º do Codigo do Processo Criminal até a sentença exclusivamente. Por escripto serão tomadas nos mesmos processos, com os depoimentos das testemunhas, as exposições da accusação e defesa; e os competentes julgadores, antes de proferirem suas decisões, deverão rectificar o processo no que fôr preciso. § 1º Para a formação da culpa nos crimes communs as mesmas autoridades policiaes deverão em seus districtos proceder ás diligencias necessarias para descobrimento dos factos criminosos e suas circumstancias, e transmittirão aos Promotores Publicos, com os autos de corpo de delicto e indicação das testemunhas mais idoneas, todos os esclarecimentos colligidos; e desta remessa ao mesmo tempo darão parte á autoridade competente para a formação da culpa. § 2º Pertence-lhes igualmente a concessão da fiança provisoria.¹⁵⁴

Lamentavelmente no Brasil, já nas suas origens, o inquérito policial tem sido utilizado como um instrumento de desrespeito institucionalizado aos direitos e garantias individuais, tão caros à população.

¹⁵³ Lei nº 261/1841: Art. 2º Os Chefes de Policia serão escolhidos d'entre os Desembargadores, e Juizes de Direito: os Delegados e Subdelegados d'entre quaesquer Juizes e Cidadãos: serão todos amoviveis, e obrigados a acceitar. Disponível em: <www.senado.gov.br>. Acesso em: 25 out. 2008.

¹⁵⁴ Disponível em: <www.senado.gov.br>. Acesso em: 25 out. 2008.

O caso dos irmãos Naves, apesar de ocorrido há muitos anos, é emblemático. Com efeito, relata Dotti (1994, p. 186) que em 1937, na cidade de Araguari (MG), os irmãos Joaquim e Sebastião Naves, com 25 e 32 anos de idade, respectivamente, foram acusados de terem assassinado o primo Benedito Pereira Caetano.

Instaurado o inquérito policial, o então delegado Francisco Vieira “convenceu-se”¹⁵⁵ da culpa dos irmãos, e, apesar de uma testemunha ter presenciado o “*de cuius*” vivo em Uberlândia (MG), mandou-os ao cárcere e, posteriormente, a mãe e as esposas.

Durante o tempo em que estiveram presos foram despidos, humilhados, torturados, inclusive as mulheres, sendo que a esposa de Sebastião Neves foi submetida a uma tentativa de estupro. Enfim, tudo com o objetivo de extorquir, durante o interrogatório, a confissão pelo cometimento do delito. O gritante é que tudo se passou sob o conhecimento do promotor e magistrado da comarca.

Após a desobediência a uma determinação proferida em *habeas corpus*, o cumprimento de mais de oito anos de prisão, a morte de Joaquim Naves em 1948, descobre-se, graças à insistência de Sebastião Neves, na ânsia de demonstrar sua inocência, que Benedito Pereira Caetano se encontrava vivo, em uma das visitas que fazia ocultamente à família (24.07.1952).

Em 14.10.1953, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, em um segundo pedido de revisão criminal, reconheceu o erro judiciário e absolveu os irmãos Naves.

O caso acima retratado não é exclusividade brasileira.

Malatesta em sua clássica obra relata dois casos semelhantes: o de Antonio Pin e de Nicola Delalande, este último ocorrido em 1844. Em ambos, os acusados respondiam por homicídio; tempos depois, revelou-se que as pretensas vítimas estavam vivas (2005, p. 432).

Recentemente a imprensa mundial revelou abertamente que a Agência Central de Inteligência (CIA) americana, amparada por lei, utiliza métodos de interrogatórios baseados na simulação de afogamentos, lá conhecidos como *waterboarding*, em clara infringência aos direitos humanos (torturas); mas considerada como 'valiosa ferramenta no combate ao terror'. Além deste, outros são

¹⁵⁵ Em uma visão humanista, Mendes de Almeida atribuía à instrução preliminar uma “função preservadora da inocência contra as acusações infundadas afiançáveis ou inafiançáveis” (1973, p. 141). Não obstante, nesse sistema inquisitorial, a autoridade policial e, por vez, o magistrado, primeiro elege a hipótese que se lhe revela mais plausível para depois buscar o “material probatório suficiente para confirmar” essa versão, ao que se denomina de quadro mental paranóico, expressão cunhada por Franco Cordero (COUTINHO, 1998, p. 178).

correntes, tais como: a nudez forçada, choques elétricos, intimidação com cães e simulação de execuções¹⁵⁶.

A questão foi debatida no Congresso, onde se aprovou um projeto proibindo tais práticas pela CIA; no entanto, o presidente Bush vetou a limitação a essa modalidade de interrogatório.¹⁵⁷

Como se observa, a tortura, como instrumento da pesquisa da verdade criminal, nunca deixou de ser aplicada e, hoje, persiste com grande força, em praticamente todas as nações, desenvolvidas ou não.

Pode-se dizer que a resistência à sua eliminação da seara processual penal se explica pelo fato de que tal prática é inerente à natureza humana e não à cultura ou ao grau de seu desenvolvimento.

Não é por outra razão que Barandier afirmou que “a polícia, hodiernamente, substitui os inquisidores e cumpre perfeitamente o papel que lhe foi reservado” (1993, p. 79).

A confissão extraída de interrogatórios ministrados mediante a violência física e psíquica ainda permanecem ocupando o elevado posto de “rainha das provas”.

Novos tempos, novas técnicas: o que mudou é o fato de se buscar não deixar vestígios, valendo-se de técnicas como socos no estômago, sufocamento com saco plástico, “telefone” (tapas nos ouvidos), ameaças, choques, pauladas na sola dos pés, dentre outros (BELO, 2005, p. 11).

A conquista do reconhecimento do princípio *nemo tenetur se detegere*, por meio da feição do direito ao silêncio, inicialmente nas legislações nacionais e após no âmbito internacional, é, antes de mais nada, a consciência acerca da fragilidade do ser humano nessas ocasiões e a busca pelo respeito à sua dignidade, razão pela qual se impunha a limitação da arbitrariedade dos “novos inquisidores”.

“El gran peligro para el principio *nemo – tenetur* gira en torno a la primera declaración policial” (2000, p. 126), disse Roxin. Com efeito, as primeiras declarações emitidas pelo acusado preso, formais ou informais, são decisivas, pois influenciarão toda a investigação preliminar, bem como a instrução processual.

O desconhecimento do acusado acerca das garantias que lhe são outorgadas pela Constituição, conjugado a um ambiente de pressão e violência, constituem as principais armas aplicadas na esfera extrajudicial.

¹⁵⁶ Jornal Gazeta do Povo, 15.02.2008, p. 28.

¹⁵⁷ Disponível em: <<http://bbc.co.uk/portuguese>>. Acesso em: 08 mar. 2008.

Essa realidade, contudo, nada mais é do que o reflexo da postura assumida por uma parcela dos órgãos responsáveis pela administração da Justiça (Ministério Público e Poder Judiciário) e incentivada pela sociedade, na medida em que os elementos colhidos em flagrante desrespeito à Carta Magna foram (ou são) considerados provas válidas para amparar um decreto condenatório.

Confira-se o posicionamento de Noronha: “ainda que a autoridade use de constrangimento contra o acusado para a confissão, não se há de negar valor a esta quando *coincidente e harmônica* com todas as outras provas, o que não impedirá – é claro – que a autoridade responda por crime se sua conduta configurá-lo”¹⁵⁸ (1997, p. 143). No mesmo sentido Faria (1942, p. 252).

Anuir com tais posicionamentos é o mesmo que fomentar o desrespeito da Constituição e das Leis pelo próprio Estado que as edita, autorizando o uso da tortura (NUCCI, 1999, p. 204) pela polícia e utilização de provas ilícitas pelo Poder Judiciário.

Gomes Filho lapidarmente enfatiza que:

na área criminal, em que se cuida de restaurar a ordem violada pelo delito, seria inconcebível que o Estado, para impor a pena, se utilizasse de métodos que não levassem em conta a proteção dos mesmos valores tutelados pela norma material. Semelhante contradição comprometeria o próprio fundamento da sanção criminal e, em consequência, a legitimação de todo o sistema punitivo (1997, p. 99).

O grande exemplo de mudança de paradigma veio em 1966, com o julgamento do caso *Miranda v. Arizona* (384 US 436), pela Suprema Corte Americana, onde se debateu calorosamente acerca do direito contra a auto-incriminação em interrogatórios policiais, o qual ficou conhecido como os direitos de *Miranda* (*Miranda Rules*).

É considerada a mais importante decisão em matéria de direitos fundamentais no direito processual criminal estadunidense e se tornou referência para qualquer Estado Democrático.

O foco da questão cingia-se à admissibilidade em juízo de depoimentos obtidos do acusado enquanto privado de sua liberdade, segundo uma perspectiva constitucional do direito à não auto-incriminação.

¹⁵⁸ Como assevera Gomes Filho: “Seria muito otimismo esperar que os próprios organismos policiais aplicassem penalidades disciplinares em seus membros, incentivando-os a somente agir dentro da lei” (1997, p. 102).

Earl Warren, juiz-presidente da corte e relator para o caso, em seu voto esclarece que:

No dia 13 de março de 1963, o requerente Ernesto Miranda [mexicano] foi detido em sua casa e levado sob prisão para uma esquadra de polícia de Phoenix. Aí foi identificado pela testemunha queixosa. Foi então levado pela polícia para a “Sala de Interrogatório Nº 2” do serviço de investigações. Aí foi interrogado por dois agentes. Os agentes admitiram em julgamento que Miranda não foi informado de que tinha direito à presença de um advogado. Duas horas mais tarde, os agentes saíram da sala com uma confissão escrita assinada por Miranda. Antecedendo a confissão estava um parágrafo dactilografado declarando que a mesma tinha sido feita voluntariamente, sem ameaças ou promessas de imunidade e com “perfeito conhecimento dos meus direitos legais, tendo consciência de que qualquer depoimento que eu faça pode ser usado contra mim (1998, p. 111).

Levado a júri, a confissão foi admitida como prova e Miranda condenado por rapto e violência sexual. Em grau recursal, o Tribunal do Arizona decidiu que os direitos constitucionais não foram infringidos, pelo fato do acusado não ter solicitado um advogado para promover sua defesa.

Na Suprema Corte, no entanto, por 5 x 4, a confissão foi desconsiderada como prova, tendo em vista que a Miranda não foi esclarecido seu direito constitucional a não se auto-incriminar.

Em um extenso voto, o relator Warren lembra que alguns estudos realizados nas décadas de 1930 e 1960 demonstram que a polícia, a fim de obter confissões, submetem os acusados a violências físicas e interrogatórios em situação de incomunicabilidade e prolongados por inúmeras horas e até dias.

Elenca diversas técnicas de pressão utilizadas nos interrogatórios contra os detentos, catalogados em manuais dos serviços policiais, elaborados com o intuito de desorientar o acusado psicologicamente, em meio a uma atmosfera de grande opressão, e subjugar sua vontade à dos agentes.

Após afirmar expressamente que o direito à não auto-incriminação, previsto na quinta emenda constitucional, aplica-se aos interrogatórios policiais e judiciais, propôs meios para a proteção e exercício desse direitos, criando-se, assim, as denominadas *Miranda rules*:

- Antes de qualquer interrogatório a pessoa deve ser avisada de que tem direito a guardar silêncio, que qualquer depoimento que faça pode ser usado contra ela e que tem direito à presença de um advogado constituído ou designado.

- O arguido pode renunciar a estes direitos desde que a renúncia seja feita voluntariamente e com plena consciência.
- Se, contudo, ele indicar por qualquer forma e em qualquer fase do processo que pretende consultar um advogado antes de falar, não pode haver interrogatório.
- Do mesmo modo, se o arguido estiver sozinho e por qualquer meio der a conhecer que não deseja ser interrogado, a polícia não o pode interrogar.
- O mero facto de ele poder ter respondido a alguma pergunta ou ter apresentado declarações voluntariamente, não o priva do direito de se abster de responder a mais perguntas até ter consultado um advogado e consentir então em ser interrogado (1998, p. 103).

Além dessas regras, promoveu-se a inversão de legitimidade dos atos administrativos dos agentes policiais praticados no interrogatório. Conforme explica Ramos, antes do julgamento presumiam-se justos e legítimos tais atos; no entanto, após a decisão, “as declarações feitas pelo imputado preso na polícia são consideradas, *prima facie*, obtidas mediante coerção...” (2006, p. 138).

Logo, para que a prova seja considerada válida, cabe ao Estado a demonstração de que foram observadas, ou melhor, efetivamente aplicadas, as determinações constitucionais. Seguem as considerações do Warren:

Se o interrogatório continua sem a presença do advogado e for registrado um depoimento, o governo fica com o pesado encargo de demonstrar que o arguido renunciou intencionalmente e conscientemente ao seu direito contra a auto-incriminação e a ter um advogado contratado ou fornecido pela assistência judiciária. *Escobedo v. Illinois*, 378 U.S. 478, 490, nº 14. Este Tribunal tem sempre estabelecido padrões muito exigentes de prova para quem renuncia aos direitos constitucionais, *Johnson v. Zerbst*, 304 U.S. 458 (1938), e nós reafirmamos estes níveis quando aplicados ao interrogatório de detidos. Uma vez que o Estado é responsável por criar as condições de isolamento nas quais o interrogatório tem lugar e detêm os únicos meios de disponibilizar as provas de que foram dadas essas informações durante os interrogatórios feitos em isolamento, é correcto que tal encargo recaia sobre ele (1998, p. 109).

Lançadas as balizas da atuação policial, a Suprema Corte americana, interpretando a Constituição de seu país, garantiu a observância do direito ao silêncio na colheita de interrogatórios extrajudiciais, equacionando os interesses sociais em face dos individuais, cujo modelo, já acima dito, é referência para todas as nações democráticas.

7.6.2 Do tratamento do direito ao silêncio durante a investigação preliminar

7.6.2.1 Interrogatório

Consciente da triste realidade e preocupada com a situação do acusado preso, a Constituição Federal de 1988 expressamente preconiza o direito ao silêncio, a assistência de familiares e a do advogado no âmbito da investigação preliminar (artigo 5º, LXIII) ¹⁵⁹.

No que tange aos procedimentos aplicáveis ao interrogatório dessa fase, o Código de Processo Penal em vigor, no artigo 6º, V, determina a incidência das mesmas normas do interrogatório judicial, *verbis*:

Art. 6º. Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá:

V - ouvir o indiciado, com observância, no que for aplicável, do disposto no Capítulo III do Título VII, deste Livro, devendo o respectivo termo ser assinado por duas testemunhas que lhe tenham ouvido a leitura;

Dessa forma, tudo quanto foi dito em relação ao interrogatório judicial - artigos 185 a 196 -, com as alterações promovidas pela Lei nº 10.792, de 01.12.2003, também incide no interrogatório realizado pela polícia.

Repisando: antes de iniciar o interrogatório o acusado tem o direito de conversar reservadamente com um advogado, a fim de se aconselhar acerca da defesa a ser empregada, inclusive com a avaliação do possível exercício do direito ao silêncio, pois este é um dos momentos mais importantes para o futuro da ação.

Na impossibilidade de constituí-lo, por falta de condições financeiras, incumbe ao Estado a nomeação de um, quer da defensoria pública quer mediante convênios com a Ordem de Advogado do Brasil (OAB) ou instituições de ensino.

Caso não se disponha de um defensor no momento da detenção, feitas as comunicações do ato ao Magistrado e ao membro do Ministério Público, deve-se aguardar a resolução desse problema para então proceder-se ao interrogatório. O que não se pode verificar é a sua realização sem a presença do defensor.

A hipótese do acusado não solicitar a nomeação de um defensor não significa uma possível renúncia a tal direito, de forma alguma. A autoridade deve claramente

¹⁵⁹ 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;

cientificar o acusado de que a Constituição Federal expressamente lhe garante essa possibilidade.

Em que pese não se tratar de um direito indisponível, adotando-se uma solução semelhante à americana, caberá à autoridade policial demonstrar que o interrogatório foi realizado sem coerção e com respeito à dignidade do acusado, para que possa ser considerado válido.

Assim como o interrogatório judicial, caso o acusado decida se manifestar, não é despidendo afirmar que a presença do defensor não se limita à entrevista inicial, mas se estende à coleta dos dados, isso porque:

a presença de um advogado pode mitigar o perigo de falsidades. Com um advogado presente, a probabilidade de que a polícia exerça coação é reduzida, e se não obstante ela for exercida, o advogado pode atestá-la em tribunal. A presença de advogado por também ajudar a garantir que o acusado presta uma declaração totalmente exacta e que a mesma é fielmente relatada pela acusação no julgamento (WARREN, 1998, p. 107).

Acrescente-se, ainda, que a presença do defensor não exclui a obrigatoriedade da autoridade policial advertir o acusado do direito de permanecer calado (QUEIJO, 2003, p. 208; HADDAD, 2005, p. 281) e a cada novo interrogatório a advertência deve ser renovada (COUCEIRO, 2004, p.197).

Tão-somente dessa forma estar-se-á assegurando o exercício do princípio *nemo tenetur se detegere* durante o interrogatório prestado na esfera das investigações preliminares.

7.6.2.2 Do momento da informação do direito ao silêncio pela polícia

A complexidade do exercício do princípio ora em estudo não se restringe apenas ao momento do interrogatório judicial ou extrajudicial, denominados de “formais” pela doutrina (QUEIJO, 2003, p. 208; NUCCI, p. 229), cujos contornos acima foram delineados.

Antes dessas duas oportunidades, o direito à não auto-incriminação corre grandes riscos de violação pela ação dos agentes policiais: trata-se do momento em que é efetuada a prisão do acusado e a sua efetiva apresentação à autoridade policial para interrogatório.

Com efeito, na ânsia de se coligir elementos para o esclarecimento do delito, submete-se o acusado a uma série de questionamentos - verdadeiro interrogatório informal – a fim de que assuma a autoria e revele mais dados.

Discorre Nucci que tais depoimentos se realizam na casa do acusado, no lugar onde se deu a prisão ou no interior da viatura a caminho da delegacia (1999, p. 230); nesse sentido, resgata as orientações de Manuel S. Peña, membro da polícia de Los Angeles, EUA, para quem “o melhor momento para a realização do 'interrogatório' do suspeito é justamente no local do crime ou no interior da viatura policial que o conduz à delegacia. Afinal, esses podem ser os únicos momentos em que ele concorde em falar” (1999, p. 232).

A prática policial - não só a brasileira, mas também a de outros países, como a Argentina¹⁶⁰ - apenas dá a conhecer ao acusado seu direito ao silêncio na repartição policial (DELMANTO, 1998, p. 27) e não imediatamente à prisão, a exemplo dos Estados Unidos, orientação firmada após o julgamento do caso Miranda em 1966.

A norma constitucional, novamente se ressalta, insculpida no artigo 5º, LXIII, não deixa dúvidas de que seu alcance se inicia a partir do momento em que se efetua o ato de restrição da liberdade do acusado e não apenas quando se realiza o interrogatório.

É o que confirmam Delmanto (1998, p. 29), Gomes (2005, p. 405), Moura e Moraes (1994, p. 141), Nucci (1999, p. 229) e Queijo (2003, p. 208).

Lamentavelmente é um claro desrespeito ao direito fundamental do acusado e que torna sem efeito o direito de permanecer calado, esvaziando-o quase que por completo, uma vez que todas as informações coletadas pelos policiais passarão a constituir o auto de prisão em flagrante, na qualidade de testemunhos.

Ademais, como salientado por Gomes, os depoimentos policiais tem sido aceito como provas idôneas pelos administradores da justiça, não se questionando como e quando tais informações chegaram ao conhecimento daqueles. Ou seja, “se o que foi ouvido do acusado pelos condutores e demais presentes foi uma

¹⁶⁰ Carrió ensina que na Argentina adotou-se o sistema do Juizado de Instrução para a investigação de delitos. Assim, uma vez realizada a prisão, deve-se apresentar o acusado ao Juiz, no prazo máximo de seis horas (artigo 286 do Código de Processo Penal). Nesse ínterim, os agentes policiais estão proibidos de realizar qualquer questionamentos ao acusado, com exceção à sua identificação, nos termos do no artigo 184, inciso 10, do Código de Processo Penal. Entretanto, a prática tem demonstrado que, durante muitos anos a polícia da capital federal tem colhido o depoimento informal do acusado (2008, p. 484).

declaração permeada pela garantia consubstanciada no direito ao silêncio (2005, p. 405). Confira-se o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e o Supremo Tribunal Federal, *verbis*:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. AÇÃO PENAL. NEGATIVA DE AUTORIA. INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. INEXISTÊNCIA. ORDEM DENEGADA.

1. Estando provadas a materialidade do fato, bem como a autoria do delito, mormente por ter sido o agente surpreendido negociando a substância entorpecente, além de terem sido encontrados alguns papéletes da droga por debaixo de suas vestimentas, não há falar em ilegalidade qualquer no decreto condenatório, a ser sanada pela via do *habeas corpus*.

2. **Posiciona-se a doutrina, bem como a jurisprudência deste Superior Tribunal, no sentido de que os depoimentos de policiais, devidamente confirmados em juízo, constituem-se prova idônea à condenação.**

3. Ordem denegada (grifou-se).¹⁶¹

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. FLAGRANTE PROVOCADO. PROVA TESTEMUNHAL: DEPOIMENTO DE POLICIAIS. PENA: FUNDAMENTAÇÃO. "HABEAS CORPUS". 1. **Os policiais, que participam de diligências tendentes à constatação de crime que estaria sendo praticado, não estão impedidos de depor como testemunhas.** 2. Não é flagrante forjado aquele resultante de diligências policiais após denúncia anônima sobre tráfico de entorpecentes. 3. Não é o "habeas corpus" instrumento processual adequado ao reexame de provas, em que se baseou a condenação. 4. Não procede a alegação de falta de fundamentação da pena imposta, se esta resultou da pena-mínima com a agravante da reincidência. 5. "H.C." indeferido (grifou-se).¹⁶²

A necessidade de se avaliar de que forma e em que momento os agentes policiais tomaram conhecimentos do que depõem em juízo é fundamental, pois a Constituição Federal de 1988 dispõe no artigo 5º, LVI, que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

Significando, de acordo com o magistério de Gomes Filho, que todos os dados obtidos com violação de normas de direito material não podem ingressar no processo ou, se tal já ocorreu, valorados pelo julgador (GOMES Filho, 1997, p. 107-108).

Logo, as declarações prestadas pelo acusado após sua prisão e antes do interrogatório formal, sem a advertência do direito ao silêncio, não poderão ser consideradas como prova, por se caracterizarem como prova ilícita, em decorrência de infração ao artigo 5º, LXIII, da Constituição Federal de 1988.

¹⁶¹ STJ, HC 28417-SP, Relator Ministro HAMILTON CARVALHIDO (1112), 6ª Turma, DJ 06/02/2006, p. 326.

¹⁶² STF, HC 74195/SP, Relator Min. SYDNEY SANCHES, 1ª Turma, DJ 13-09-1996, p. 33235.

Da mesma forma, eventual decisão jurisdicional lastreada em depoimentos de agentes policiais que não cientificaram o acusado do direito de permanecer calado após sua prisão e, mediante interrogatório informal, extraíndo informações auto-incriminatórias, deve ser considerada nula (DELMANTO, 1998, p. 29).

Contudo, não é o que sucede em relação às declarações prestadas espontaneamente pelo acusado à polícia enquanto solto.

Durante o trabalho de investigação é natural que os agentes policiais conversem e entrevistem inúmeras pessoas, suspeitas ou não, colham dados e outros elementos úteis para a apuração do delito. No exercício desse mister não há necessidade de se advertir acerca do direito ao silêncio.

Sendo assim, caso uma pessoa espontaneamente, ou seja, livre de qualquer coerção física ou psíquica, fora de um interrogatório, manifeste à polícia elementos que a auto-incriminem, não há a obrigatoriedade da advertência do direito ao silêncio. Nesse sentir é o ensinamento de Roxin, *verbis*:

no existe tampoco ninguna protección frente a la auto-incriminación en los casos de manifestaciones espontáneas. Es decir, cuando alguien, fuera de un interrogatorio, se acusa frente a la Policía de un delito, puede emplearse esta declaración en su contra, aunque no haya sido instruido de sus derechos. Tampoco las preguntas que se realizan sobre los detalles del hecho y que realiza el policía a quien se ha llamado al lugar del suceso, sin que exista aún ningún imputado, constituyen interrogatorio, ni requieren una instrucción previa de derechos. Si alguien, frente a estas preguntas de orientación, realiza declaraciones inculpatórias, podrán éstas ser utilizadas en un proceso (2000, p. 144).

Outrossim é o posicionamento seguido por Carrió:

si la policía está tan sólo tratando de esclarecer un hecho dudoso y, sin haber privado de su libertad a nadie, dirige simplemente preguntas a una persona y ésta responde con dichos que la incriminan, no parece que eso implique transgredir derechos de los imputados. (...) Sería un sinsentido en esa hipótesis pedirle a la policía que se tape los oídos, o que mire para otro lado, cuando escucha cosas de utilidad para el esclarecimiento de los hechos (2008, p. 512).

Na doutrina brasileira perfilham essa orientação Haddad (2005, p. 285) e Nucci (1999, p. 232).

Urge esclarecer que não se propugna de nenhuma forma embaraçar ou até mesmo inviabilizar o trabalho policial, mas que se observem tão-somente os princípios estabelecidos na Carta Magna, sob pena de torná-la sem efeito.

7.6.2.3 Declarações prestadas à imprensa

Outra situação que pode vulnerar o direito de permanecer calado refere-se às matérias jornalísticas veiculadas pelos meios de comunicação, a falada e, principalmente, a televisiva (MOURA; MORAES, 1994, p. 141), em que se apresenta o repórter realizando um verdadeiro “interrogatório” do acusado.

Em algumas oportunidades chega-se até mesmo a acompanhar a ação policial e, quando efetuada a prisão, incontinentemente, quer nesse local quer na delegacia de polícia, dá-se início ao “interrogatório”.

Quem alguma vez assistiu a qualquer um desses programas sabe que se tratam de perguntas capciosas, agressivas, ofensivas à moral (NUCCI, 1999, p. 226), elaboradas em tom dramático, com o claro objetivo de extrair uma confissão do acusado; desvinculada com qualquer preocupação quanto à legalidade do procedimento, tudo apenas para se aumentar o índice da audiência e os lucros das emissoras.

Obviamente, frise-se, que tudo se passa sob os olhos e aprovação dos agentes estatais envolvidos nos fatos, que o fazem, acredita-se, numa espécie de prestação de contas à sociedade, almejando dizer: “vejam, estamos trabalhando”.

Quase sempre envolvidos pelo calor dos acontecimentos, clima de tensão, pressão e desconhecimento de seus direitos, pois ainda não lhes foi informado, os acusados acabam por admitir a responsabilidade pelo delito, que é gravada, transmitida aos quatro cantos da terra e, por fim, requisitada pela acusação para ser utilizada como elemento probatório nas ações penais.

Como bem ponderado por Gomes Filho:

Afora a ilegalidade patente desse procedimento, não só pelo desrespeito aos direitos fundamentais, mas também pela violação dos preceitos que estabelecem o modo de formação dos dados probatórios, tal conduta atenta contra a própria administração da justiça, por constituir uma intromissão indevida nas tarefas próprias do Judiciário (1997, p. 117-118).

Diversos direitos fundamentais são desrespeitados mediante tal prática, a saber: o relativo à dignidade (artigo 1º, III), intimidade, a honra, a imagem (artigo 5º, X), presunção de inocência (artigo 5º, LVII) e ao direito ao silêncio (artigo 5º, LXIII).

Não obstante a liberdade de imprensa conferida também pela Constituição Federal de 1988, no artigo 220¹⁶³, por não se tratar de direito absoluto, deve ser compatibilizada com os demais direitos nela previstos.

Com efeito, o ato de interrogar e colher elementos probatórios cabe exclusivamente, durante a investigação preliminar, como acima discorrido, à Polícia Judiciária e observando-se o devido processo legal, no qual se inclui o direito ao silêncio.

Propugna-se, em respeito aos valores constitucionais, que a imprensa não efetue qualquer pergunta diretamente ao acusado antes do devido esclarecimento pela polícia do direito de permanecer em silêncio, acompanhado da assistência da família e do advogado (artigo 5º, LXIII), que deve ser efetuado imediatamente à voz de prisão, consoante razões consignadas no tópico anterior.

Apenas na hipótese de após ter se entrevistado com seu advogado, como disciplina o artigo 185, §2º, do CPP, avaliada as conseqüências, de forma consciente e espontaneamente e que se autorizará o acusado a prestar alguma declaração aos órgãos da imprensa.

Medida semelhante foi adotada no Estado de São Paulo, em 24/03/1992, por meio da Portaria nº 03/1992, da Corregedoria da Polícia Civil, e Portaria nº 18/1998, da Delegacia Geral de Polícia, conforme apontado por Nucci (1999, p. 228).

Ora, na medida em que o acusado se encontra, a partir da prisão sob os cuidados do Estado, o não atendimento de referidas providências acarretará a sua responsabilização, bem como a da empresa jornalística, por danos morais e materiais (artigo 5º, X, da Constituição Federal de 1988).

Na esfera processual, em virtude da não observância do direito ao silêncio, tais elementos não poderão ser valorados ou encartados nos autos como prova, porquanto obtidos por meios ilícitos, nos termos do artigo 5º, LVI, da Constituição Federal de 1988.

¹⁶³ Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

7.7 Métodos Proibidos de Interrogatórios

O acusado pode renunciar ao seu direito de permanecer calado, inúmeras razões poderão conduzi-lo nessa decisão, como, por exemplo, o desejo de manifestar sua inocência.

Todavia, o princípio *nemo tenetur se detegere* não deixará de atuar em seu favor como uma garantia processual. Configura-se na hipótese apenas o não exercício de uma das facetas possíveis desse princípio: o direito de permanecer em silêncio.

Logo, por ocasião do interrogatório, quer judicial quer policial quer perante qualquer servidor público instituído para atuar numa comissão investigatória (CPIs, sindicâncias ou processos administrativos disciplinares), o princípio *nemo tenetur se detegere* estende seus efeitos.

Na medida em que se busca preservar a liberdade de decisão e autodeterminação (QUEIJO, 2003, p. 222), estão proibidos todo e qualquer método, moral ou físico, que vicie a consciência do acusado no interrogatório.

Observa-se durante a história humana o desenvolvimento de inúmeras técnicas para extrair a “verdade” daquele que poderia fornecer todos os elementos fáticos do crime: o acusado.

7.7.1 Tortura

A primeira, como discorrido no capítulo segundo, foi a tortura (ainda largamente aplicada em todos os recantos do mundo), a qual por meio do sofrimento, angústia, dor física e mental, metodicamente aplicada, busca uma confissão, um culpado.

No âmbito internacional, diversos documentos proscvem seu uso, a saber: a) a Declaração dos Direitos Humanos de 1948 (artigo V)¹⁶⁴; b) o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, de 1966¹⁶⁵; c) a Convenção Americana de Direitos Humanos, de São José da Costa Rica, de 1969; d) a Convenção contra a Tortura e

¹⁶⁴ Artigo V - Ninguém será submetido a tortura, nem a tratamento ou castigo cruel, desumano ou degradante (COMPARATO, 2007, p. 236).

¹⁶⁵ Artigo 7º - Ninguém poderá ser submetido à tortura, nem a penas ou tratamento cruéis, desumanos ou degradantes. Será proibido, sobretudo, submeter uma pessoa, sem seu livre consentimento, a experiências médicas ou científicas (COMPARATO, 2007, p. 298).

Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, de 1984, ONU¹⁶⁶; e e) a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, de 1985, OEA (GOULART, 2002, p. 46-47).

Por sua vez, no âmbito interno, a Constituição Federal de 1988, expressamente dispõe no artigo 5º, que “III - ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante”. Mais adiante, em outro parágrafo, estabelece que: “XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem.”

Entretanto, apenas nove anos depois, em 07/04/1997, surgiu no ordenamento brasileiro a Lei nº 9.455, onde se define o crime de tortura com suas respectivas sanções.

Na atualidade uma nova forma, lembrada por Rosseto (2001, p. 213) e Queijo (2003, p. 225), ganha revelo, consistente na realização de longos interrogatórios, sem intervalos, com o propósito de levar o acusado à exaustão e à falta de serenidade para posicionar-se diante das perguntas formuladas.

A violação do princípio *nemo tenetur se detegere* se evidencia na medida em que o acusado, ante um ambiente de pressão conjugado ao cansaço físico e psicológico, tem reduzida ou quase aniquilada as condições para agir conforme a sua vontade.

Relata Queijo que na Espanha, Argentina e Chile, preocupados com tal situação, determina-se seja registrado no auto de prisão o horário de início e do encerramento do interrogatório (QUEIJO, 2003, p. 226).

7.7.2 Técnicas de formulação de perguntas

A segunda consiste em um interrogatório elaborado a partir de perguntas imiscuídas com dolo ou fraude. Com efeito, nesse interrogatório seguem-se perguntas “sugestivas, cavilosas ou acompanhadas de dolosas persuasões, promessas ou ameaças” (FARIA, 1942, p. 246).

¹⁶⁶ Incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto Legislativo nº 04/1989, e promulgada pelo Decreto Presidencial nº 40/1991 (COMPARATO, 2007, p. 299).

Prepara-se uma verdadeira cilada para o acusado, porquanto, com tais perguntas, o interrogante, juntamente com a pergunta, sugere uma resposta, sempre aquela que pretende ouvir, formando uma “confissão”.

Tornaghi de forma sublime diz que o “juiz não é um inquisidor preocupado em sondar as profundezas d’alma do interrogado. Também não é um psicanalista que remexa nos escaninhos da alma” (1995, p. 365).

Aliás, por falar em psicologia, Altavilla (1982, p. 569) adverte que um interrogatório com forte sugestão deforma a realidade, incidindo em erros na ordem de 61% (sessenta e um por cento), e são armas perigosas nas mãos de magistrados, que pensam empregar psicologia, mas sem refletir em suas ações.

E mais adiante acrescenta: “Efectivamente, nos gabinetes dos juizes de instrução, assiste-se a implacáveis caçadas às contradições, que, freqüentemente, não têm qualquer valor e que conseguem perturbar o arguido, levando-o a admitir coisas inexactas” (1982, p. 571).

O interrogatório, dentro de uma concepção do devido processo legal, deve se basear em perguntas “francas, leais, claras, sem reticência, com apoio no que existe já apurado” (ESPÍNOLA Filho, 1976, p. 24), sob pena de se violar o princípio *nemo tenetur se detegere*.

Nesse sentido, o valioso ensinamento de Bueno:

o juiz não deve por modo algum dirigir perguntas insidiosas ao acusado, deixar entrever promessas de absolvição ou ameaças para seduzi-lo e arrancar confissão porventura falsa; não deve envolvê-lo em contradições ou abusar do seu talento, gerando no espírito do júri prevenções nocivas à defesa. Pelo contrário, deve-se mostrar imparcial como a lei, de quem é órgão, e isento de ódio e compaixão (1959, p. 422-423).

Tão-somente se garantindo ao acusado a possibilidade de responder, sem medo de armadilhas, de forma livre e consciente, e que se estará prestigiando efetivamente o princípio ora em comento.

7.7.3 Métodos “científicos”

O grande avanço científico experimentado no século passado trouxe consigo novos métodos de interrogatórios - a narcoanálise e os detectores de mentira -

provocando calorosa discussão jurídica quanto aos resultados alcançados e à limitação da vontade e autodeterminação do acusado.

A partir da experiência legalizada de alguns países nessa área (por exemplo, os Estados Unidos da América) é possível inferir que se tratam de métodos tão horrendos e cruéis quanto os praticados durante a Idade Média.

Gomes Filho, rememorando o pensamento de Marques, consignou:

Não menos repugnantes são os meios de caráter técnico, químico ou psiquiátrico – o detetor de mentiras, o soro da verdade, a hipnose, a narcoanálise, etc -, que afetam a liberdade de declaração, a intimidade e a dignidade pessoal do interrogado, caracterizando violação até mais séria do que a própria tortura, pois nesta, como lembrou José Frederico Marques, ainda existe uma possibilidade de resistência, ao passo que tais métodos levam a uma subjugação total da vontade, com uma despersonalização da criatura humana (1997, p. 116).

De fato, se o corpo permanece quase ileso e imune à dor, o mesmo não se pode dizer quanto ao subconsciente do acusado ou testemunhas, que é totalmente exposto e violentado: com a finalidade de se extrair a qualquer custo uma confissão; novamente se tratando o acusado como objeto.

Logo, juridicamente seu uso é expressamente vedado em qualquer nação que elevou a dignidade da pessoa humana como um valor fundamental.

Ademais, os resultados alcançados na utilização desses métodos como instrumentos na “busca da verdade” são altamente questionáveis pelos próprios membros da comunidade científica, o que também impediria sua adoção como prova.

7.7.3.1 Narcoanálise

A narcoanálise, também denominada de “soro da verdade”, consiste na aplicação de injeções contendo substâncias narcóticas (drogas) à base de pentotal, amytal-sódico e escopolamina, que atuam sobre os centros infracorticais, reduzindo certas inibições e provocando irresistível vontade de falar (NEVES, 1960, p. 62).

Os resultados obtidos sempre dependem de interpretação técnica dos profissionais da psiquiatria, e, ainda assim, não se tratam de conclusões objetivas, pelo contrário, diversas interpretações são possíveis sob as várias perspectivas de cada profissional (NEVES, 1960, p. 68).

Neves relata um caso ocorrido em 1928 no estado americano do Havaí, em que um cidadão foi submetido a esse procedimento e confessou a prática de um delito. Após recobrar a consciência repudiou a autoria do delito e, mais uma vez, foi submetido a uma narcoanálise; no entanto, nessa oportunidade o resultado foi negativo. Pouco tempo depois o verdadeiro culpado foi localizado (1960, p. 69).

Dias também alerta acerca desse fato e acrescenta que o método “não oferece quaisquer garantias ao investigador, por não ser seguro que ele não liberte as mais das vezes zonas mitômanas da personalidade e, por conseguinte, conduza a exteriorização de meras recordações subjetivas de acontecimentos e mesmo de reprodução fantasistas, antes que de processos históricos reais” (1984, p. 459).

7.7.3.2 Detector de mentiras ou polígrafo

Criado nos Estados Unidos da América, o detector de mentiras (*lie detector*) consiste na combinação de vários aparelhos de uso médico, cada um com uma função específica - automatógrafo, retinoscópio, psicogalvanômetro, pneumógrafo, esfigmógrafo e cardiopneumógrafo -, em que se observa, durante a realização do interrogatório, a tensão e o pulso arterial, a respiração, a transpiração, o movimento dos braços e pernas, o movimento ocular, a resistência elétrica da pele (NEVES, 1960, p. 80).

O exame de tais dados indicaria, em tese, se o acusado ou testemunhas estaria dizendo a verdade ou mentindo; todavia, assim como a narcoanálise, salienta Dias:

A capacidade do método para alcançar a verdade real dos fatos tem sido posta em dúvida por muitos especialistas, na base sobretudo de que não apenas a mentira, mas muitos outros estados psíquicos (de medo, tensão, de excitação, etc.) podem alterar os traçados e, assim, confundir completamente o resultado do exame (1984, p. 460).

Logo, além de atentar também contra a dignidade do acusado, o que por si só já é razão suficiente para rejeitá-lo como prova apta em um juízo criminal, os dados fornecidos também não se revelam adequados e confiáveis.

7.7.4 Conclusões

Resta evidente que por tais métodos de interrogatório o acusado é forçado a produzir prova contra si mesmo, por meio da revelação de seu subconsciente ou exposição de suas reações íntimas.

Roxin esclarece que no direito alemão veda-se o uso tanto da narcoanálise quanto do dectetor de mentiras; contudo, sustenta que o acusado livremente pode anuir em se submeter ao teste do detector de mentiras (2000, p. 133).

Em que pese o respeito ao mestre, com sua posição não se pode concordar, pois, acatando-se o parecer de Dias, tem-se que o consentimento nesses casos é ineficaz, pois a dignidade da pessoa humana, refletida em seus atributos de liberdade de auto-determinação, se tratam de bens indisponíveis, portanto, irrenunciáveis (1984, p. 461).

Aplicando-se o mesmo raciocínio ao direito brasileiro, prestigia-se à livre opção do acusado, em decorrência do princípio *nemo tenetur se detegere*, bem como ao que dispõe o artigo 5º, incisos II¹⁶⁷ e III¹⁶⁸ (ROSSETO, 2001, p. 221).

Por conseqüência, não é demais afirmar que tais elementos são inadmissíveis como provas, bem como todas as informações que porventura deles sejam extraídos ou apurados (provas derivadas), pois obtidas por meio ilícito (artigo 5º, LVI, da Constituição Federal de 1988).

¹⁶⁷ “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;”

¹⁶⁸ “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante;”

8 O PRINCÍPIO *NEMO TENETUR SE DETEGERE* E OS MEIOS PROBATÓRIOS QUE DEPENDEM DA COOPERAÇÃO DO ACUSADO

Cumprido o exame da incidência do princípio *nemo tenetur se detegere* no interrogatório judicial e extrajudicial, dar-se-á seguimento em relação aos meios probatórios que dependem da cooperação do acusado, a saber: a reconstituição simulada do crime, o exame grafotécnico, o bafômetro, a ordem ao acusado para a apresentação de documentos, bem como a coleta e extração de material derivado de organismo humano para a realização de testes de DNA.¹⁶⁹

Tais meios probatórios têm sido classificados pela doutrina nacional¹⁷⁰ e internacional¹⁷¹ em duas categorias, a saber: a) provas produzidas com a cooperação do acusado, mas sem intervenção corporal; e b) provas produzidas mediante intervenção corporal, que se subdividem em métodos invasivos e não invasivos.¹⁷²

No caso destes últimos (métodos mediante intervenção corporal), convém ressaltar que se trata de tema ainda muito polêmico na seara doutrinária e jurisprudencial, inclusive nos tribunais superiores brasileiros (Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal), na medida em que não se dispõe de uma legislação específica que os disciplinem.

Quanto ao tema pode-se colher no seio doutrinário nada menos que cinco posicionamentos, cujas características serão adiante apresentadas e, na seqüência, aquela que será adotada para fins deste estudo.

A questão fundamental a ser esclarecida é se o princípio *nemo tenetur se detegere* estende seus efeitos a todos esses meios probatórios.

¹⁶⁹ O exame individualizado desses meios probatórios será realizado no Capítulo 10.

¹⁷⁰ Queijo (2003, p. 244 e seguintes).

¹⁷¹ De acordo com Serrano: “Por intervenciones corporales cabe entender, dentro del proceso, las medidas de investigación que se realizan sobre el cuerpo de las personas, sin necesidad de obtener su consentimiento, y por medio de la coacción directa si es preciso, con el fin de descubrir circunstancias fácticas que sean de interés para el proceso, en relación con las condiciones o el estado físico o psíquico del sujeto, o con el fin de encontrar objetos escondidos en él” (1990, p. 290).

¹⁷² De acordo com a Declaração Internacional sobre Dados Genéticos Humanos, proclamada pela Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura (UNESCO), em 16.10.2004: a) métodos invasivos consistem na obtenção de uma amostra biológica por um método que implique uma intrusão no corpo humano, tal como a extração de sangue com a ajuda de uma agulha e uma seringa; b) métodos não invasivos consistem na obtenção de uma amostra biológica por um método que não implica uma intrusão no corpo humano, por exemplo, o recolhimento de saliva.

8.1 Posicionamentos Doutrinários

O primeiro posicionamento, capitaneado por Gomes Filho (1997, p. 119), Dotti (2002, p. 274) e seguido até o momento pelo Supremo Tribunal Federal, conclui que o direito ao silêncio, consagrado na Constituição Federal, no art. 5º, LXIII, manifestação do princípio *nemo tenetur se detegere*, garante ao acusado o direito de não colaborar no fornecimento de quaisquer espécie de material para exame pericial, ou seja, de elementos que possam produzir provas contra si mesmo.

Gomes Filho assevera que:

A aplicação de modernas técnicas ao terreno da prova também suscita uma problemática que tem relação com a matéria examinada nos tópicos anteriores: trata-se da admissibilidade de intervenções corporais no acusado, com o objetivo de obter material para exames laboratoriais destinados a fornecer dados probatórios; o tema é sugerido há algum tempo pelos testes alcoométricos e, mas recentemente, pelos exames de DNA. Mas, o que se deve contestar em relação a essas intervenções, ainda que mínimas, é a violação à não auto-incriminação, e à liberdade pessoal, pois se ninguém pode ser obrigado a declarar-se culpado, também deve ter assegurado o seu direito a não fornecer provas incriminadoras contra si mesmo. O direito à prova não vai ao ponto de conferir a uma das partes no processo prerrogativas sobre o próprio corpo e a liberdade de escolha da outra. (...) no âmbito criminal, diante da *presunção de inocência*, não se pode constranger o acusado ao fornecimento dessas provas, nem de sua negativa inferir a veracidade do fato (1997, p. 118-119).

Por sua vez, no mesmo sentir, Dotti:

A Emenda nº V à Constituição dos Estados Unidos, datada do ano de 1791, declara, entre os direitos e garantias da pessoa acusada, que “ninguém poderá ser constrangido a depor contra si mesmo em processo criminal”. Trata-se da consagração do *direito ao silêncio* que já tem reconhecimento em nossa Carta Política de 1988. Como é curial, o dispositivo da Emenda V da lei fundamental norte-americana **vale para todos os meios de prova, não somente para o interrogatório do suspeito**, indiciado ou réu. Essa conclusão nos leva a outra: em nosso sistema processual – cível ou criminal – **nenhum juiz ou tribunal poderá compelir o apontado pai ou o suspeito de autoria de infração penal a doar material para exame pericial** (2002, p. 274, grifou-se).

A segunda corrente, representada por Oliveira (2004, p. 210) e Moro (2006, p. 437), defende que o princípio *nemo tenetur se detegere* restringe-se ao interrogatório, como uma garantia contra ações para se extrair uma confissão forçada, tutelando-se a integridade física e psíquica do acusado, seu direito de personalidade e dignidade humana.

Portanto, não seriam alcançados pelo referido princípio os demais meios de provas, sendo que a admissão dos mesmos deve-se efetuar segundo um juízo de constitucionalidade das leis que os estabeleçam. Na hipótese das intervenções corporais invasivas, depois de verificada a constitucionalidade da lei que a estabeleça, a necessidade no caso concreto seria aferida segundo o princípio da proporcionalidade (OLIVEIRA, 2004, p. 212).

Uma terceira corrente, defendida por Albuquerque, sustenta que a aplicação do princípio *nemo tenetur se detegere* se estende tão-somente à acareação e à reconstituição simulada do crime, porquanto estas modalidades, na verdade, preservam a essência do interrogatório, na medida em que, se levadas a efeitos contra a vontade do acusado, poderá vir a ocorrer uma confissão que não foi obtida durante o interrogatório, violando-se indiretamente o direito ao silêncio (2008, p. 87). Quanto aos demais meios probatórios, acompanha o posicionamento de Oliveira e Moro, acima apresentado.

Uma quarta corrente, propugnada por Haddad, distingue entre conduta ativa e passiva do acusado para fins de definir o alcance da proteção do princípio ora em estudo. Por esse raciocínio, apenas condutas ativas é que podem levar a uma auto-incriminação, conseqüentemente apenas estas estariam protegidas.

O princípio contra a auto-incriminação se limita à faculdade de todo indivíduo em não ser convertido em meio ativo de prova contra si próprio. Quando se permite ao réu não contribuir para a própria incriminação, autoriza-se que possa ser omissivo. Sempre que se requeira um comportamento ativo de caráter probatório – porque a prova somente se produz através da ação – faculta-se a recusa em agir. **Desde logo, portanto, são excluídas da tutela do princípio contra a auto-incriminação a produção de prova que prescinde da vontade do acusado e a conduta ativa destinada a impedir a elucidação da verdade**, através da distribuição de elementos probatórios inseridos ou passíveis de o serem no processo. Outra não é a razão pela qual o princípio contra a auto-incriminação simboliza-se, no direito positivo, pelo direito de permanecer calado, típica conduta omissiva (2005, p. 326, grifou-se).

Na doutrina estrangeira, Roxin também defende esse entendimento:

El procesado no tiene que colaborar con las autoridades encargadas de la investigación mediante un comportamiento activo; sin embargo, - además de la investigación descrita sobre su ámbito privado -, si debe suportar injerencias corporales, que pueden contribuir definitivamente al reconocimiento de su culpabilidad (2000, p. 139).

A quinta e última corrente, apresentada por QUEIJO (2003, p. 312), parte da concepção de que o acusado não possui o dever de colaborar em seu desfavor, isso porque, o ônus da prova no sistema acusatório cabe à acusação, e o princípio *nemo tenetur se detegere* é uma garantia desse direito. No entanto, caso seja levado às últimas conseqüências, poderá se converter na causa da inviabilização da atividade persecutória estatal. Para equacionar, de um lado, os direitos individuais do acusado e, de outro, o interesse social na apuração e repressão dos delitos, deve-se aplicar o princípio da proporcionalidade.

Dessa forma, não se trata de negar o alcance do princípio contra a auto-incriminação também aos demais elementos probatórios que dependem da colaboração do acusado, mas de harmonizá-los, na medida do possível, por meio do princípio da proporcionalidade.

Com relação à aplicação da proporcionalidade, à exceção da primeira corrente, todas as demais são unânimes quanto à sua aplicação.

8.2 Crítica e Posicionamento quanto ao Problema

Todos os posicionamentos acima apresentados, sem sombra de dúvida, revelam-se de extrema importância, na medida em que oferecem balizas seguras para a compreensão do tema.

Contudo, em que pese o respeito dedicado aos mesmos, permite-se discordar dos quatro primeiros e inicialmente acompanhar a proposta oferecida por Queijo (2003, p. 312) e, no final, divergir quanto à necessidade da concordância do acusado à submissão da coleta de material para a perícia, uma vez efetuado o juízo de proporcionalidade. Vejamos.

Passando ao largo do mérito da discussão, que renderia material suficiente para uma nova investigação acadêmica, no Brasil, segundo a sistemática constitucional, estabeleceu-se um sistema acusatório, na verdade, não puro, como o sistema inglês¹⁷³, mas predominantemente acusatório.

¹⁷³ Como esclarece DIAS: “No direito processual penal inglês clássico deparamos, pelo contrário, com o exemplo-padrão de um puro processo penal de partes. O interesse público da perseguição e punição das infrações penais é encabeçado no representante da acusação (seja uma entidade pública ou, como muitas vezes sucede, privada), o interesse do argüido na absolvição é encabeçado no defensor, e o processo surge, deste modo, como uma discussão, luta ou duelo que entre acusador e defensor se estabelece, perante o olhar imparcial do juiz.

Não descurando da lição de Coutinho (1998, p. 167), para quem o sistema brasileiro é essencialmente inquisitório, uma vez que a gestão da prova se encontra na mão do magistrado, já que a lei processual lhe autoriza a possibilidade de realizar uma variada quantidade de diligências de ofício para formar sua convicção (artigo 156 do CPP¹⁷⁴), também não se deve olvidar que a Constituição Federal delinea um processo penal marcado pelo contraditório, a ampla defesa, com os recursos e meios a ela inerentes (art. 5º, LV) e de uma ação penal sob iniciativa do Ministério Público (art. 129, I), o que lhe rende a predominância de um sistema acusatório; garantias corroboradas pela Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969, em seu artigo 8º.

Por sua vez, o inquérito policial, este sim evidentemente inquisitório, não passa de um procedimento administrativo destinado a subsidiar a opinião do órgão de acusação, não possuindo, portanto, natureza processual. Ademais, o seu valor probatório se exaure para fins de admissão da denúncia (LOPES Jr., 2006, p. 223), excepcionando-se à prova técnica que, com as alterações promovidas no CPP pela Lei nº 11.690/2008, permite também ao assistente de acusação, ao ofendido, ao querelante e ao acusado o acompanhamento da sua feitura, por meio da formulação de quesitos e a indicação de assistentes técnicos¹⁷⁵.

Daqui a célebre impassibilidade (e passividade) do julgador britânico: a este não pertence sequer colher, durante o julgamento, o material probatório – também isso é função das partes, que elas desempenham sobretudo através do interrogatório e do contra-interrogatório (*examination-in-chief* e *cross-examination*) das testemunhas, dos peritos e até do próprio argüido; cabendo-lhe apenas dirigir a audiência, velando sobretudo para que nos interrogatórios as partes não afastem do formalismo juridicamente prescrito, e (em regra com a colaboração dos jurados na chamada questão-de-facto ou, mais exactamente, questão da culpa) proferir a decisão final na base das provas carreadas pela acusação e pela defesa” (1984, p. 247-248).

¹⁷⁴ Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, **facultado ao juiz de ofício**: I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; II – **determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.**

¹⁷⁵ Art. 159. O exame de corpo de delito e outras perícias serão realizados por perito oficial, portador de diploma de curso superior.

§ 1º. Na falta de perito oficial, o exame será realizado por 2 (duas) pessoas idôneas, portadoras de diploma de curso superior preferencialmente na área específica, dentre as que tiverem habilitação técnica relacionada com a natureza do exame.

§ 2º. Os peritos não oficiais prestarão o compromisso de bem e fielmente desempenhar o encargo.

§ 3º. Serão facultadas ao Ministério Público, ao assistente de acusação, ao ofendido, ao querelante e ao acusado a formulação de quesitos e indicação de assistente técnico.

§ 4º. O assistente técnico atuará a partir de sua admissão pelo juiz e após a conclusão dos exames e elaboração do laudo pelos peritos oficiais, sendo as partes intimadas desta decisão.

§ 5º. Durante o curso do processo judicial, é permitido às partes, quanto à perícia:

I – requerer a oitiva dos peritos para esclarecerem a prova ou para responderem a quesitos, desde que o mandado de intimação e os quesitos ou questões a serem esclarecidas sejam encaminhados

Acerca da postura do Promotor de Justiça preciosa a lição de Maia Neto:

O Ministério Público não acusa por acusar. Acusação no estado democrático depende de provas concretas e absolutas. “Na dúvida, arquiva-se, tranca-se a Ação Penal ou absolve-se - *in dubio pro reo* -, e nunca se processa, pronuncia-se ou condena-se – *in dubio pro societate* -. As garantias individuais são direitos concretos que prevalecem ante as abstrações - *in dubio pro societate* -, estas servem ao direito autoritário, aos regimes antidemocráticos ou aos governos ditatoriais. Não se pode permitir que nos regimes democráticos as abstrações [em nome da sociedade] venham destruir o sistema jurídico humanitário positivo, para dar lugar a um odioso direito repressivo, onde o Estado condena e acusa sem provas concretas” (2007, p. 9).

Logo, se o inquérito policial não é processo, mas mero procedimento informativo, sob tal fundamento não se pode inferir que o sistema processual seja inquisitório, como sentencia Oliveira:

No que se refere à fase investigativa, convém lembrar que a definição de um sistema processual há de limitar-se ao exame do processo, isto é, da atuação do juiz no curso do processo. E porque, decididamente, inquérito policial não é processo, misto não será o sistema processual, ao menos sob tal fundamentação (2007, p. 11).

Compartilham do entendimento de que o sistema processual penal brasileiro se reveste de natureza acusatória Tourinho Filho (1994, p. 87), Grinover, Dinamarco e Cintra (1995, p. 58), Greco Filho (1999, p. 72), Maia Neto (2007, p. 2) e Oliveira (2007, p. 12).

Forte nessa premissa e como consequência da adoção desse sistema, verifica-se que o ônus da prova cabe exclusivamente à acusação, para que afaste, no caso concreto, a presunção de inocência que milita em favor do acusado por força constitucional (art. 5º, LVII).

Sendo assim, o acusado não possui o dever de fornecer elementos incriminatórios contra si próprio e o princípio *nemo tenetur se detegere* se revela como uma garantia desse direito, ou seja, contra uma possível interferência do Estado na sua liberdade de auto-determinação.

com antecedência mínima de 10 (dez) dias, podendo apresentar as respostas em laudo complementar;

II – indicar assistentes técnicos que poderão apresentar pareceres em prazo a ser fixado pelo juiz ou ser inquiridos em audiência.

§ 6º. Havendo requerimento das partes, o material probatório que serviu de base à perícia será disponibilizado no ambiente do órgão oficial, que manterá sempre sua guarda, e na presença de perito oficial, ara exame pelos assistentes, salvo se for impossível a sua conservação.

Daí porque se permite discordar dos posicionamentos que não reconhecem a extensão do princípio *nemo tenetur se detegere* a todos os meios probatórios, propugnados por Oliveira e Moro (segundo) e Albuquerque (terceiro posicionamento), pois o mesmo é ínsito a todo o sistema processual penal probatório, não se restringindo ao interrogatório.

A origem histórica do princípio também não é fator hábil para amparar essa restrição, porquanto se o interrogatório foi seu nascedouro, não é por tal razão que se limitará ao mesmo, vedando-se sua adaptação às novas e futuras possíveis violações. Urge se considerar que o princípio se volta contra as ações estatais arbitrárias que atentem contra a liberdade de autodeterminação dos acusados.

No passado foi o interrogatório. No início do século passado foram a narcoanálise e o detector de mentiras. Hoje a discussão cinge-se ao DNA. O que o engenho humano, na ânsia de obter a “verdade”, criará no futuro ainda é uma incógnita, mas o surgimento de novos meios de provas que desafiarão os mesmos bens jurídicos (dignidade humana, liberdade, intimidade) é uma certeza.

Como ciclos históricos naturalmente se repetem, mudando apenas as conjecturas, a liberdade do acusado constantemente é ameaçada. Logo, o respeito e fortalecimento do Estado Democrático de Direito deve ser fomentado, para que os povos civilizadamente saibam como guiar suas atitudes.

Daí surge, entretanto, o seguinte questionamento: possuiria o princípio *nemo tenetur se detegere* uma natureza absoluta?

Queijo esclarece que não, porquanto:

... a inexistência de colaborar, em todos os casos, redundaria em uma concepção do *nemo tenetur se detegere* como direito absoluto, aniquilando, em determinadas situações, por completo, a possibilidade de desencadeamento da persecução penal ou de dar seguimento a ela. Em outras palavras: equivaleria, em diversos casos, à consagração da impunidade (2003, p. 313).

De fato, a atribuição de uma natureza absoluta ao princípio *nemo tenetur se detegere* o colocaria acima de todos os demais princípios constitucionais engessando todo o sistema e, o que é pior, impedir-se-ia de se exigir do acusado qualquer colaboração, por mais mínima que seja.

Todavia, necessário é abrir os olhos para o fato de que inúmeras restrições avançam sobre a dignidade do acusado e hoje são consideradas normais e

indispensáveis, algumas, como a interceptação de comunicações telefônicas, prevista no texto constitucional (art. 5º, XII, da CF/1988), a identificação dactiloscópica, a realização de fotografias para fins criminais, o decreto da prisão provisória, a busca domiciliar etc (HADDAD, 2005, p. 328).

Hodiernamente em face do desenvolvimento da hermenêutica constitucional, conclui-se que não existem direitos absolutos, nem mesmo a vida, considerado bem supremo no ordenamento jurídico, pois em caso de guerra a própria Constituição Federal admite a pena de morte.^{176 177}

Por tal razão, também se atreve a não concordar com o posicionamento de Gomes Filho e Dotti (primeira vertente), pois, como adiante se demonstrará, há situações peculiares em que o princípio *nemo tenetur se detegere* deve ceder ante outros bens jurídicos tão relevantes quanto o mesmo, mediante o emprego da proporcionalidade.

O posicionamento defendido por Roxin (2000, p. 139) e Haddad (2005, p. 326), adotado na Alemanha (GURIDI, 1999, p. 529), exclui da tutela do princípio *nemo tenetur se detegere* toda prova que não dependa da vontade do acusado.

Para tanto se distingue entre condutas ativas e passivas; no primeiro grupo se enquadrariam o interrogatório, a acareação e a reconstituição simulada do crime, uma vez que requerem uma participação ativa do acusado; no segundo grupo, para a realização do ato probatório, em tese, seria dispensável a vontade e/ou participação do acusado, o qual suportaria passivamente, a exemplo do reconhecimento de pessoas (art. 226 do CPP) e a extração de sangue (CARRIÓ, 2008, p. 526; QUEIJO, 2003, p. 315).

A crítica que Carrió lança contra essa proposição consiste no estabelecimento dos limites entre o que se acredita ser um comportamento ativo e passivo do acusado, *verbis*:

A mi juicio, estamos ante una distinción trabajosa. ¿Em qué categoría está, por ejemplo, el requerimiento de que el imputado se coloque junto a otros individuos para un reconocimiento en rueda de presos? ¿No se le pide allí acaso que se pare de determinada manera, para poder posibilitar su comparación con otros? Y para extraer sangre o tomar huellas dactilares, ¿no necesitamos al menos del imputado un mínimo de colaboración? Al mismo tiempo, ¿cuál es la diferencia entre pedirle al imputado que haga un

¹⁷⁶ Art. 5º. XLVII - não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX;

¹⁷⁷ Para maiores informações em relação ao tema remete-se o leitor aos tópicos 5.4 e 5.5 desta obra.

cuerpo de escritura, y requerirle que integre una rueda de presos o permita se le extraigan huellas? (2008, p. 526).

Com razão o mestre argentino, há um elevado grau de subjetivismo na fixação de tais limites, pois, ainda que minimamente, os comportamentos “ditos passivos” requerem uma colaboração do acusado para que se submeta ao procedimento. Portanto, não se trata de um critério seguro e que pode se tornar fonte de arbitrariedades.

Realizados esses esclarecimentos, posiciona-se no sentido de que o princípio *nemo tenetur se detegere* se aplica a todos os meios probatórios e não apenas ao interrogatório.

Por não se constituir num direito absoluto, a grande possibilidade de colisão com outros direitos fundamentais, principalmente aqueles relativos à segurança e o interesse público na resolução e repressão de delitos, pela doutrina constitucional revela-se imprescindível o recurso ao juízo da proporcionalidade, razão pela qual adiante serão abordados os contornos desse valioso instrumento.

9 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Alexy ao formular sua teoria dos direitos fundamentais observou que a resolução das colisões de direitos fundamentais se opera por meio da ponderação dos bens envolvidos (1999, p. 77).

A ponderação de bens para Larenz: “é um método de desenvolvimento do Direito, pois que serve para solucionar colisões de normas – para as quais falta uma regra expressa na lei -, para delimitar umas das outras as esferas de aplicação das normas que se entrecruzam e, com isso, concretizar os direitos cujo âmbito (...) ficou em aberto ” (1997, p. 587).

No entanto, Larenz adverte que “a ponderação não é simplesmente matéria do sentimento jurídico, **é um processo racional** que não há de fazer-se, em absoluto, unilateralmente, mas que, pelo menos até um certo grau, **segue princípios identificáveis** e, nessa medida, **é também comprovável**” (1997, p. 587, grifou-se).

Tal processo racional de ponderação é identificado por Alexy como o juízo de proporcionalidade (1999, p. 78).

Portanto, no plano dos direitos fundamentais, o princípio da proporcionalidade revela-se de grande importância, vez que é por meio de sua utilização que se chega à solução das colisões entre tais direitos, ou seja, ponderando-se os bens em choque.

9.1 Origem

A noção de proporcionalidade não é novidade no âmbito do direito; sua origem confunde-se com a do próprio direito.

Fachin remonta a Aristóteles (380 anos a.C) a noção de proporcionalidade (2006, p. 143-144). Grau (2005, p. 282) afirma que “a proporcionalidade não passa de um novo nome dado à equidade”; e também lembra Aristóteles.

Há autores, porém, que ao considerar a proporcionalidade e a razoabilidade como institutos similares, atribuem sua origem ao direito anglo-saxão, no século XIII, com a Magna Carta de 1215. (BARROS, 2000, p. 57-58; BARROSO, 2003, p. 218).

Stumm leciona que “o princípio da proporcionalidade surgiu ligado a idéia de limitação do poder no século XVIII. É considerado uma medida com valor suprapositivo ao Estado de Direito e visa garantir a esfera de liberdade individual das ingerências administrativas” (1995, p. 78).

Entretanto, as características hoje atribuídas à proporcionalidade, como esclarecido por Bonavides, surgiram na Suíça no século XIX e posteriormente desenvolvida com grande intensidade na Alemanha, na metade do século XX, a partir das decisões do Tribunal Constitucional Alemão, de onde foi difundida para o restante do mundo (1993, p. 328).

No estado alemão da Prússia inicialmente era empregado no Direito Administrativo, de onde passou para os demais estados alemães e ao Direito Constitucional. As primeiras e mais significativas decisões do Tribunal Constitucional daquele país datam de 15 de janeiro e 11 de junho, ambas do ano de 1958, são os casos *Lüth-Urteil* e *Apotheken-Urteil* (BONAVIDES, 1993, p. 328).

Nos dias atuais consagrou-se como método de restrição de direitos, liberdade e garantias (direitos fundamentais) por atos do Poder Público, bem como na resolução de qualquer conflito de bens jurídicos (CANOTILHO, 2007, p. 272).

9.2 Denominações e Natureza Jurídica

A doutrina tem se referido à proporcionalidade de diversas maneiras, a saber: princípio da proporcionalidade (LARENZ, 1997, p. 586), proibição de excesso (doutrina alemã), máxima da proporcionalidade (ALEXY, 1993, p. 112), postulado da proporcionalidade (ÁVILA, 2004, p. 89) e regra da proporcionalidade (SILVA, 2002, p. 27).

Em que pese as divergências, no Brasil tem se valido mais da expressão princípio da proporcionalidade.

Cabe destacar que o Supremo Tribunal Federal tem utilizado como expressões sinônimas proporcionalidade e razoabilidade, conforme apontado por Mendes (2001, p. 9).

O problema da uniformização de sua denominação passa necessariamente pela tentativa da definição de sua natureza jurídica.

Ávila compreende que se trata de um postulado normativo, não se ajustando nem ao conceito de princípio ou de regra. Isso porque os postulados funcionam

“como estrutura para aplicação de outras normas”, ou seja, “não impõem a promoção de um fim, mas, em vez disso, estruturam a aplicação do dever de promover um fim; de outro, não prescrevem indiretamente comportamentos, mas modos de raciocínio e de argumentação relativamente a normas que indiretamente prescrevem comportamentos” (2004, p. 89).

Karl Larenz, na 2ª edição da sua obra *Metodologia da Ciência do Direito*, afirma que a proporcionalidade constituiu-se em um princípio, “porque contem uma idéia jurídica geral que se não exaure nas suas aplicações concretas; e são por seu turno, em última instância, concretizações de um princípio mais lato, que poderemos designar como o da medida ou do critério, e que não é mais do que uma expressão particular da idéia de justiça.” (1975, p. 579).

E na 3ª edição da sua obra confirma se tratar efetivamente de um princípio jurídico material decorrente da noção de justiça, “da justa medida, da moderação” (1997, p. 586).

Pierre Muller sustenta que a proporcionalidade possui a “mesma natureza dos direitos fundamentais cujos limites são por ele determinados” (*apud* BONAVIDES, 1993, p. 322).

Por fim, Alexy não atribui à proporcionalidade a natureza de princípio, mas de regra, tanto é que o denomina de máxima da proporcionalidade, *verbis*:

La máxima de proporcionalidad suele ser llamada “principio de proporcionalidad”. Sin embargo, no se trata de un principio en el sentido aqui expuesto. La adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto no son ponderadas frente a algo diferente. No es que unas veces tengan precedência y otras no. Lo que se pregunta más bien es si las máximas parciales son satisfechas o no, y su no satisfacción tiene como consecuencia la ilegalidad. Por lo tanto, las tres máximas parciales tienen que ser catalogadas como reglas (1993, p. 112).

Como se pode perceber, a situação ainda é tormentosa e dependerá ainda de muita reflexão por parte dos doutrinadores.

9.3. Fundamento Jurídico

Não menos complexa é a tentativa de se determinar o fundamento jurídico da proporcionalidade. De fato, inicialmente verifica-se que não há nenhuma disposição expressa referindo-se à proporcionalidade no texto constitucional brasileiro.

Contudo, várias teorias têm se formulado para justificá-la, tendo Steinmetz (2000, p. 165-180) as catalogado da seguinte forma: a) Estado de Direito; b) conteúdo essencial dos direitos fundamentais; c) princípio da dignidade humana; d) cláusula do devido processo legal substantivo; e) fundamentação pluri-normativa; f) fundamentação jusfundamental.

O Supremo Tribunal Federal em seus julgados tem se posicionado em favor da cláusula do devido processo legal, na dimensão substantiva, ou seja, no artigo 5º, inciso LVI, consoante decidido na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.407/DF, medida cautelar.¹⁷⁸

Seguem esse posicionamento Mendes (2001, p. 9), Barroso (2003, p. 245), Toledo Barros (2000, p. 95) e Stumm (1995, p. 173), o que se pode explicar pelo fato de não distinguirem a proporcionalidade da razoabilidade.

Bonavides entende que a proporcionalidade decorre do §2º do artigo 5º da Constituição Federal, por abranger “a parte escrita e não escrita dos direitos e garantias da Constituição”, na medida em que a concebe como um princípio geral do direito constitucional (1993, p. 354). Acompanha esse entendimento Guerra Filho (2001, p. 64).

Silva entende que a proporcionalidade não se extrai de nenhum dispositivo constitucional (nem mesmo o §2º do artigo 5º), mas da estrutura dos direitos fundamentais (2002, p. 43). Em sentido semelhante também Steinmetz (2000, p. 176).

Em que pese as distintas opiniões quanto ao fundamento jurídico da proporcionalidade, que depende do ponto de vista de cada doutrinador quanto ao tema, ao nosso ver com razão Ávila.

De fato, a proporcionalidade não resulta de um texto normativo (constitucional ou não), na medida em que “seu dever resultada de uma implicação lógica do caráter principal das normas” (ÁVILA, 2001, p. 13). Portanto, sua expressa previsão em qualquer dispositivo constitucional não se afigura uma condição imprescindível para sua aplicação.

¹⁷⁸ Cabe ressaltar, ainda, que no plano infraconstitucional, a Lei nº 9.784/1999, que disciplina o processo administrativo no âmbito federal, albergou expressamente a proporcionalidade, *verbis*: “Art. 2. A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, **proporcionalidade**, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.” (grifou-se)

9.4 Conceito e Estrutura

Clève e Freire advertem que “não existe um consenso doutrinário em torno de uma delimitação conceitual” (2002) quanto à proporcionalidade. Bonavides também pondera acerca da dificuldade em defini-la (1993, p. 314).

No entanto, a partir de sua essência pode-se afirmar, com apoio em Larenz e Barroso, que a proporcionalidade é um instrumento interpretativo voltado à fiscalização da discricionariedade de atos estatais, de qualquer natureza, mediante um processo racional de concretização da norma, pautada nos direitos fundamentais ou bens jurídicos constitucionais.

Por influência da doutrina alemã, a proporcionalidade é composta por 3 (três) elementos estruturais ou subprincípios: a) adequação; b) necessidade; e c) proporcionalidade em sentido estrito.

A adequação¹⁷⁹ consiste na “exigência de que qualquer medida restritiva deve ser idônea à consecução da finalidade perseguida” (BARROS, 2000, p. 76). Ou seja, o meio escolhido deve promover o fim visado.

Silva chama a atenção ao fato de que “adequado não é somente o meio com cuja utilização um objetivo é alcançado, mas também o meio com cuja utilização a realização de um objetivo é fomentada, promovida, ainda que o objetivo não seja completamente realizado” (2002, p. 36).

No que tange à necessidade¹⁸⁰, lembra Bonavides que o Tribunal Constitucional Alemão, em caso julgado em 1971 (*BverfGE* 30, 292), definiu-o da seguinte forma: “é necessário, quando o legislador não poderia ter escolhido um outro meio, igualmente eficaz, mas que não limitasse ou limitasse da maneira menos sensível o direito fundamental” (1993, p. 330).

Daí se infere a noção do dever de se restringir o mínimo possível o direito fundamental do cidadão, ou, como prefere Stumm, “com o menor custo ao indivíduo” (1995, p. 80).

Quanto à proporcionalidade em sentido estrito, Alexy a identifica com a lei de ponderação, expressando-a da seguinte forma: “quanto mais intensiva é uma intervenção em um direito fundamental tanto mais graves devem ser as razões que a justificam” (1999, p. 77).

¹⁷⁹ Também é conhecido por idoneidade ou conformidade.

¹⁸⁰ Outras denominações: exigibilidade, indispensabilidade, menor ingerência possível e intervenção mínima (STEINMETZ, 2000, p. 154).

Neste momento efetua-se uma comparação, um sopesamento entre “as vantagens trazidas pela promoção do fim e as desvantagens provocadas pela adoção do meio” escolhido (ÁVILA, 2004, p. 124).

Cabe ressaltar que a aplicação da proporcionalidade exige, em primeiro lugar, examinar se os direitos em tensão são previstos, direta ou indiretamente, na Constituição. Posteriormente, identificar as circunstâncias relevantes da situação de conflito. E por fim aplicar os três elementos da proporcionalidade, sucessivamente.

Por fim, registre-se que Silva (2002, p. 35) aponta duas novas correntes que concebem, de forma diversa da acima citada, o número dos elementos estruturantes da proporcionalidade.

A primeira considera apenas os dois primeiros, a saber: a adequação e necessidade. É a posição defendida por *Böckenförde* e *Schlink*.

A segunda, verificável na jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos, acrescenta mais um elemento, que precede o da adequação: o exame da legitimidade dos fins que a medida questionada pretende atingir.

9.5 Proporcionalidade e Razoabilidade

Parte da doutrina brasileira considera que a proporcionalidade e a razoabilidade seriam conceitos idênticos (Barroso, Mendes, Toledo de Barros). Inclusive, como já afirmado, é a posição manifestada pelo Supremo Tribunal Federal em alguns acórdãos. Outros defendem o contrário, tais como Ávila, Steinmetz, Guerra Filho e Silva.

A proporcionalidade, conforme a conhecemos hoje e acima examinado, possui origem alemã.

A razoabilidade, ao contrário, tem origem norte-americana, na cláusula do devido processo legal, na dimensão substantiva, cujo desenvolvimento se deu a partir de 1890, por obra da jurisprudência constitucional, para proteção dos direitos individuais partindo-se da aferição da constitucionalidade das leis (STUMM, 1995, p. 150).

Certo é que a Magna Carta inglesa de 1215 é o antecedente histórico do devido processo legal, porém apenas serviu de apoio para a construção pelos norte-americanos da dimensão substantiva, mais sofisticada e resultante de um entendimento de primazia da constituição sobre o restante do ordenamento jurídico.

Não era o que ocorria no Direito Inglês, onde a Constituição não goza de supremacia, mas a palavra do Parlamento (STUMM, 1995, p. 150). Ademais: Silva lembra que apenas em 1948, com o caso *Wednesbury*, é que na Inglaterra se iniciou o tratamento da razoabilidade (2002, p. 29).

Os institutos podem ser distinguidos, além da origem, por outras duas características: o objeto e critério de aplicação.

Com relação à primeira, Ávila leciona que no âmbito da razoabilidade se questiona a aplicação de uma norma constitucional que, nas circunstâncias pessoais da parte envolvida, ou seja, das particularidades ou excepcionalidade do caso, pode se tornar inconstitucional.

No caso da proporcionalidade o foco é outro, porquanto “examina-se os dois bens jurídicos protegidos por princípios constitucionais e a medida adotada para sua proteção” (ÁVILA, 2001, p. 29).

A segunda, conforme apurado por Steinmetz (2000, p. 204), a razoabilidade ainda não apresenta uma definição operacional. O que seria razoável, aceitável? Como seria mensurável?

A proporcionalidade, ao contrário, possui elementos perfeitamente identificáveis, uma “metodologia de concretização judicial da norma” (LARENZ, 1997, p. 586), que permitem utilizá-la na solução da colisão de direitos fundamentais.

Logo, com bases nesses fundamentos, apesar de possuírem traços comuns, proporcionalidade e razoabilidade não se confundem.

9.6 A Aplicação do Princípio da Proporcionalidade no Processo Penal

A Constituição Federal de 1988 dedicou em seu artigo 5º um grande número de dispositivos relativos às garantias processuais, mormente penais, limitando, mas não de forma absoluta, a atuação Estatal na injerência dos direitos individuais.

Pela cláusula geral do devido processo legal (artigo 5º, LIV), dentre outros objetivos, resta claro o propósito de se garantir e orientar a formação de um processo justo, com regras previamente estabelecidas, transparente, que se auto-legitime perante o corpo social.

Assim, naturalmente, a restrição aos direitos fundamentais apenas dar-se-á seguindo regras específicas derivadas também da observância ao devido processo legal.

Contudo, ao mesmo tempo em que se estabelecem direitos e garantias em favor do indivíduo, de outro lado, o mesmo texto constitucional também respalda o interesse social na persecução e repressão penal, a fim de que seja promovida a preservação da ordem pública, da incolumidade das pessoas e do patrimônio, atribuindo esse mister ao Estado (artigo 144).

Nasce, portanto, um conflito entre indivíduo e Estado, cuja resolução impõe, como acima discorrido, o emprego da ponderação de bens, por meio do princípio da proporcionalidade.

Serrano define interesses dos indivíduo como: “el mantenimiento de su *ius libertatis*, entendido como pleno disfrute de sus derechos, tanto frente a una sentencia de condena como frente a cualquier injerencia adoptada durante el proceso” (1990, p. 273).

O interesse estatal, por seu turno, refere-se à possibilidade de aplicação do direito de punir, assegurando-se a tutela dos bens jurídicos protegidos constitucionalmente e por meios das leis penais (SERRANO, 1990, p. 251).

Na hipótese em estudo, todavia, antes de se ponderar os interesses estatais e individuais, duas outras condições são necessárias. Vejamos.

De fato, na medida em que se estará limitando a eficácia de um direito de natureza fundamental, no caso o princípio *nemo tenetur se detegere*, em face de determinados meios de prova que dependem da colaboração do acusado, imprescindível se faz a previsão dos mesmos em Lei, em face do princípio da legalidade, insculpido no artigo 5º, II, do texto constitucional brasileiro, o qual preceitua que: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Canotilho, a propósito, ensina que são possíveis restrições a direitos, liberdades e garantias, apesar de não expressamente autorizadas pela Constituição, por meio de Lei que preencha determinadas condições, a fim de que não os aniquilem, a saber: a) seja geral e abstrata, dirigindo-se a um número indeterminado de pessoas e de casos; b) não regule casos pretéritos, apenas os futuros; c) não vulnere o princípio da proporcionalidade ou proibição de excesso; d) preservação do núcleo essencial do direito restringido, a fim de não desnaturá-lo (2007, p. 451-458).

Ou seja, todas as provas que dependam da colaboração do acusado, com ou sem intervenção corporal, por limitarem direitos fundamentais, devem ser previamente previstas em Lei.

Assim como Albuquerque (2008, p. 118), entendemos ser prescindível que a regulação se faça no âmbito constitucional, cabendo tão-somente à lei ordinária a disciplina, isso porque sua constitucionalidade será, quando aplicada em casos concretos, submetida ao crivo do Poder Judiciário.

Logicamente, a segunda condição se assenta na necessidade de que o juízo de ponderação seja efetuado pelo Poder Judiciário, exclusivamente, quando provocado. Queijo, acerca do tema, efetua as seguintes considerações:

De outra parte, incumbindo ao Poder Judiciário, no Estado Democrático de Direito, a tutela dos direitos fundamentais, havendo restrição ao *nemo tenetur se detegere* prevista em lei, deverá ela ser submetida ao controle jurisdicional no caso concreto. Tal controle, nas provas que implicarem intervenção corporal no acusado, deverá ser prévio, considerando-se sobretudo que nessas provas outros direitos fundamentais estão igualmente envolvidos, como a liberdade de autodeterminação, a intangibilidade corporal, a integridade física, a intimidade e a dignidade (2003, p. 357).

Assim, em casos de provas que dependam da intervenção corporal no acusado, invasivas ou não, compreendidos os exames de DNA, a autoridade policial ou o Ministério Público deverá solicitar autorização ao Poder Judiciário.

Nas demais situações em que a prova dependa da colaboração do acusado, mas sem intervenção corporal, a saber, acareação, reconstituição simulada de crime, apresentação de prova documental, cada caso será examinado no capítulo seguinte.

Vencido tais requisitos, proceder-se-á ao juízo de proporcionalidade, com o exame de seus três subprincípios: a adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Pelo primeiro subprincípio – adequação – a restrição ao *nemo tenetur se detegere* deve ser apta para o descobrimento de elementos probatórios importantes para a causa (GURIDI, 1999, p. 224; QUEIJO, 2003, p. 358).

Acrescente-se que a restrição deve ser afastada quando meras suspeitas embasam o pedido (SERRANO, 1990, p. 308); uma possível autorização se verificará apenas quando caracterizados indícios de participação ou autoria na infração penal (QUEIJO, 2003, p. 358).

Quanto ao segundo subprincípio – necessidade – a restrição ao *nemo tenetur se detegere* deve ser efetivamente necessária, não se dispondo de outra forma possível para a obtenção da prova visada. Entretanto, em caso positivo, deve-se procurar um meio que menos lesione esse direito fundamental do acusado.

O último subprincípio – o do proporcionalidade em sentido estrito¹⁸¹ – requer a ponderação entre o direito estatal e o direito individual.

A fim de auxiliar nesse desiderato, a doutrina tem invocado critérios desenvolvidos pela jurisprudência alemã, a saber: a consideração da gravidade do delito, o grau da imputação e a probabilidade de êxito da medida (GURIDI, 1999, p. 246; SERRANO, 1990, p. 309; QUEIJO, 2003, p. 359).

SERRANO alerta para o ponto de que “cuanto más lesivas resulten las medidas mayor intensidad habrá de exigirse a la imputación” (1990, p. 264). Daí se infere que tão-somente a apuração de delitos graves autorizam uma maior restrição ao princípio *nemo tenetur se detegere*. Por conseqüência, acrescenta Queijo, maiores devem ser os indícios de autoria e participação do acusado a autorizar a medida.

De outro lado, militam em favor do acusado de modo intransponível, o respeito à sua condição e dignidade da pessoa humana, proibindo-se meios vexatórios, humilhantes e que importem na violação do pudor, e, ainda, a proteção saúde e vida, que jamais devem ser colocados em risco (QUEIJO, 2003, p. 360).

Na medida em que cada caso concreto levado a decisão apresenta nuances próprias, outras circunstâncias podem se apresentar relevantes e consideradas judicialmente.

9.7 Posicionamento acerca do Tema

Como afirmado em momento anterior, dentre os vários posicionamentos formulados pela doutrina para justificar a aplicação ou não do princípio *nemo tenetur se detegere* às provas que dependam da colaboração do acusado, a apresentada

¹⁸¹ Lembra Canotilho que se cuida do princípio da “justa medida. Meios e fins são colocados em equação mediante um juízo de ponderação, com o objetivo de se avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcionado em relação ao fim. Trata-se, pois, de uma questão de medidas ou desmedidas para se alcançar um fim: pesas as desvantagens dos meios em relação às desvantagens do fim” (2007, p. 270).

por Queijo, em nossa opinião, revela-se a mais apropriada, pelas razões já expendidas.

Entretanto, a referida autora conclui que às provas produzidas mediante intervenção corporal invasiva, mesmo após a aplicação do princípio da proporcionalidade, acima examinado, dependem do consentimento do acusado para a realização (2003, p. 361).

Apenas neste ponto ousa-se discordar, porquanto, a nosso ver, a decisão judicial, que no caso concreto conclui pela restrição do princípio *nemo tenetur se detegere*, afasta o consentimento do acusado.

Os valores constitucionais foram sopesados e o devido processo legal observado, nada mais resta do que se impor a coleta da prova, ainda que medidas de coerção sejam necessárias, a exemplo do ordenamento alemão.

Logo, sob essa ótica, o princípio *nemo tenetur se detegere* estende seus efeitos a todos os meios de provas reconhecidos pelo ordenamento processual penal, inclusive àquelas produzidas com intervenção corporal do acusado ou mediante sua colaboração, mas sem intervenção corporal, e não apenas ao interrogatório.

Considerando sua natureza relativa e a necessidade de harmonizá-lo com os demais direitos fundamentais, a restrição é possível desde que operada mediante Lei, com características de generalidade, abstração, não-retroatividade, não violação ao princípio da proporcionalidade e preservação do núcleo essencial, consoante ensinamento de Canotilho (2007, p. 451-458).

Cabe somente ao Poder Judiciário o exame das condições do princípio da proporcionalidade, e uma vez concluída pela restrição do *nemo tenetur se detegere* no caso concreto, prescinde-se do consentimento do acusado nas provas produzidas mediante intervenção corporal, invasivas ou não, na medida em que a decisão judicial a supre.

10 DOS MEIOS DE PROVAS EM ESPÉCIE

Neste tópico segue-se com o exame individualizado dos meios de provas que dependem da colaboração do acusado, acareação, reconstituição do crime, exame grafotécnico, bafômetro, apresentação de documento por ordem judicial e o exame de DNA.

10.1 Acareação e Reconstituição Simulada de Crime

Por meio da acareação, duas ou mais pessoas são colocadas frente a frente para que sejam esclarecidas as divergências verificadas em seus depoimentos (TOURINHO Filho, 2001, p. 331), o que se pode dar tanto em juízo quanto em sede extrajudicial.

De acordo com o artigo 229 do CPP¹⁸² é possível a acareação entre testemunhas, vítimas e acusados. Ou seja, é possível entre acusados, acusado e testemunha, testemunhas, testemunha e ofendido, acusado e ofendido.

Entretanto, na Itália, Alemanha e Áustria, esclarece Aranha, apenas as testemunhas são obrigadas a participar desse procedimento, porquanto possuem o dever de dizer a verdade (2006, p. 144).

O que é lógico, pois se o objetivo é confrontar versões para a apuração da “verdade”, se um dos envolvidos (acusado) não possui o dever legal de fazê-lo, resta prejudicada a acareação.

Além dessa razão, no Brasil, em que pese a previsão do artigo acima referido, a acareação não é obrigatória ao acusado em face do princípio *nemo tenetur se detegere*.

Ora, se o acusado tem o direito de permanecer calado no interrogatório, como acima discutido, participar da acareação é o mesmo que obrigá-lo a se manifestar, esvaziando um direito fundamental.

Ademais, poderia ocasionar uma eventual confissão involuntária ante a situação de constrangimento gerada em decorrência da declaração de terceiros (testemunhas e vítimas).

¹⁸² Art. 229. A acareação será admitida entre acusados, entre acusado e testemunha, entre testemunhas, entre acusado ou testemunha e a pessoa ofendida, e entre as pessoas ofendidas, sempre que divergirem, em suas declarações, sobre fatos ou circunstâncias relevantes.

Como já dito em outro momento, apenas por meio de um interrogatório, devidamente precedido da advertência do direito de permanecer em silêncio, cujas declarações se dêem de maneira espontânea e livre de qualquer espécie de artimanha, é que se pode obter um elemento probatório válido.

Assim, a participação do acusado na acareação é apenas facultativa; nesse sentir Tourinho Filho (2001, p. 332), Oliveira (2007, p. 367) e Albuquerque (2008, p. 88).

Os mesmos argumentos se aplicam ao procedimento da reconstituição simulada do crime, previsto no artigo 7º do CPP¹⁸³.

Oliveira, de forma pertinente, considera que o procedimento atenta contra o princípio da presunção da inocência e da dignidade da pessoa humana, na medida em que se submete publicamente o réu, de forma vexatória e humilhante, à condição de culpado (2004, p. 212).

Quanto ao tema o Supremo Tribunal Federal, no HC nº 69.026-DF, especificamente se pronunciou, já sob a égide da Constituição Federal de 1988, que a participação da reconstituição simulada do crime é voluntária, *verbis*:

HABEAS CORPUS - JÚRI - RECONSTITUIÇÃO DO CRIME - CERCEAMENTO DE DEFESA - NÃO-INTIMAÇÃO DO DEFENSOR PARA A RECONSTITUIÇÃO DO DELITO - PACIENTE QUE SE RECUSA A PARTICIPAR DA REPRODUÇÃO SIMULADA DOS FATOS - VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO - INOCORRENCIA - PRISÃO CAUTELAR - INSTITUTO COMPATÍVEL COM O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA NÃO-CULPABILIDADE (CF, ART. 5., LVII) - CONCESSÃO DE LIBERDADE PROVISÓRIA - MERA FACULDADE JUDICIAL - ORDEM DENEGADA.

- A reconstituição do crime configura ato de caráter essencialmente probatório, pois destina-se - pela reprodução simulada dos fatos - a demonstrar o *modus faciendi* de prática delituosa (CPP, art. 7.). **O suposto autor do ilícito penal não pode ser compelido, sob pena de caracterização de injusto constrangimento, a participar da reprodução simulada do fato delituoso. o magistério doutrinário, atento ao princípio que concede a qualquer indiciado ou réu o privilégio contra a auto-incriminação, ressalta a circunstância de que é essencialmente voluntária a participação do imputado no ato - provido de indiscutível eficácia probatória - concretizador da reprodução simulada do fato delituoso.**

- A reconstituição do crime, especialmente quando realizada na fase judicial da persecução penal, deve fidelidade ao princípio constitucional do contraditório, ensejando ao réu, desse modo, a possibilidade de a ela estar presente e de, assim, impedir eventuais abusos, descaracterizadores da verdade real, praticados pela autoridade pública ou por seus agentes.

¹⁸³ Art. 7º. Para verificar a possibilidade de haver a infração sido praticada de determinado modo, a autoridade policial poderá proceder à reprodução simulada dos fatos, desde que esta não contrarie a moralidade ou a ordem pública.

- Não gera nulidade processual a realização da reconstituição da cena delituosa quando, embora ausente o defensor técnico por falta de intimação, dela não participou o próprio acusado que, agindo conscientemente e com plena liberdade, recusou-se, não obstante comparecendo ao ato, a colaborar com as autoridades públicas na produção dessa prova (...) ¹⁸⁴ (grifou-se).

Dessa forma, apenas voluntariamente é aceitável a submissão do acusado aos procedimentos da acareação e reconstituição simulada de crime, uma vez que são abrangidos pela proteção do princípio *nemo tenetur se detegere*. Dito de outra forma, não se concebe nenhuma forma de participação compulsória do acusado em qualquer dos dois procedimentos.

Ora, ainda que a participação do acusado fosse obrigatória, por analogia às regras aplicáveis ao interrogatório, o eventual silêncio durante a acareação ou a recusa em tomar parte na reconstituição simulada do crime não poderá ser valorado negativamente contra o mesmo.

Na medida em que nenhuma consequência prejudicial poderá ser imputada contra o acusado, corrobora-se a incidência direta do princípio *nemo tenetur se detegere* em ambas as situações e resta impedida sua restrição por meio do princípio da proporcionalidade, já que o resultado implicaria na mesma consequência.

10.2 Exame Grafotécnico

O exame grafotécnico tem por objetivo constatar se um determinado padrão de escrita partiu ou não do punho do acusado. Processa-se mediante comparação.

Para tanto, o artigo 174, IV, do CPP ¹⁸⁵ prevê que a autoridade policial poderá intimá-lo para que compareça ante sua presença e forneça padrões gráficos para o exame.

¹⁸⁴ STF, HC 69.026-DF, Relator Min. Celso de Mello, 1ª Turma, DJ 04/09/1992, p. 14091.

¹⁸⁵ Art. 174. No exame para o reconhecimento de escritos, por comparação de letra, observar-se-á o seguinte: I - a pessoa a quem se atribua ou se possa atribuir o escrito será intimada para o ato, se for encontrada; II - para a comparação, poderão servir quaisquer documentos que a dita pessoa reconhecer ou já tiverem sido judicialmente reconhecidos como de seu punho, ou sobre cuja autenticidade não houver dúvida; III - a autoridade, quando necessário, requisitará, para o exame, os documentos que existirem em arquivos ou estabelecimentos públicos, ou nestes realizará a diligência, se daí não puderem ser retirados; IV - quando não houver escritos para a comparação ou forem insuficientes os exibidos, a autoridade mandará que a pessoa escreva o que lhe for ditado. Se estiver ausente a pessoa, mas em lugar certo, esta última diligência poderá ser feita por precatória, em que se consignarão as palavras que a pessoa será intimada a escrever.

Por se estar fornecendo elemento de natureza probatória que poderá, a depender do resultado, ser utilizado contra sua pessoa, indaga-se se o investigado poderia se negar a fazê-lo sob o abrigo do princípio *nemo tenetur se detegere*.

O Supremo Tribunal Federal ao apreciar o HC nº 77.135/SP, em 1998, decidiu que o acusado não está obrigado a atender ao chamado policial, *verbis*:

HABEAS CORPUS. CRIME DE DESOBEDIÊNCIA. RECUSA A FORNECER PADRÕES GRÁFICOS DO PRÓPRIO PUNHO, PARA EXAMES PERICIAIS, VISANDO A INSTRUIR PROCEDIMENTO INVESTIGATÓRIO DO CRIME DE FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO. NEMO TENETUR SE DETEGERE. Diante do princípio *nemo tenetur se detegere*, que informa o nosso direito de punir, é fora de dúvida que **o dispositivo do inciso IV do art. 174 do Código de Processo Penal há de ser interpretado no sentido de não poder ser o indiciado compelido a fornecer padrões gráficos do próprio punho, para os exames periciais, cabendo apenas ser intimado para fazê-lo a seu alvedrio**. É que a comparação gráfica configura ato de caráter essencialmente probatório, não se podendo, em face do privilégio de que desfruta o indiciado contra a auto-incriminação, obrigar o suposto autor do delito a fornecer prova capaz de levar à caracterização de sua culpa. Assim, pode a autoridade não só fazer requisição a arquivos ou estabelecimentos públicos, onde se encontrem documentos da pessoa a qual é atribuída a letra, ou proceder a exame no próprio lugar onde se encontrar o documento em questão, ou ainda, é certo, proceder à colheita de material, para o que intimará a pessoa, a quem se atribui ou pode ser atribuído o escrito, a escrever o que lhe for ditado, não lhe cabendo, entretanto, ordenar que o faça, sob pena de desobediência, como deixa transparecer, a um apressado exame, o CPP, no inciso IV do art. 174. Habeas corpus concedido. (grifou-se).¹⁸⁶

A interpretação da Corte Constitucional desobrigada o acusado, em face do princípio contra a auto-incriminação, a fornecer elementos gráficos para o exame grafotécnico.

No entanto, a diligência não restará prejudicada, uma vez que a autoridade policial poderá se valer de outros padrões eventualmente existentes em documentos arquivados em cartórios extrajudiciais ou judiciais ou qualquer repartição pública, conforme dispõe o inciso III, do artigo 174 do CPP, os quais poderão ser requisitados ou analisados no próprio local.

¹⁸⁶ STF, HC 77135/SP, Rel. Min. Ilmar Galvão, 1ª Turma, DJ 06/11/1998, p-00003.

10.3 Bafômetro

Na sociedade contemporânea os veículos automotores são imprescindíveis, tanto como fonte de geração de empregos e riqueza para a indústria e comércio, quanto para o transporte de cargas e pessoas.

A cada ano mais e mais veículos circulam nas malhas rodoviárias e proporcionalmente crescem os acidentes de trânsito e o número de vítimas fatais, dentre cujas causas se encontram o uso de bebidas alcoólicas pelos condutores.

Os médicos Sérgio Duailibi e Ronaldo Laranjeira mencionam que a situação é tratada como problema de saúde em todo o mundo e que:

geram elevados custos sociais e conseqüências para os acidentados, resultando em danos socioeconômicos pela soma dos prejuízos materiais, médicos e os referentes à perda de produtividade. Com base em modelos econômicos vigentes, o custo total dos acidentes no tráfego é de 1,0% do total do Produto Interno Bruto (PIB) em países de baixa renda, 1,5% em países com renda média e 2,0% naqueles de alta renda (2008, p. 17).

No Brasil a situação não é diferente. Com a finalidade de disciplinar a questão editou-se a Lei nº 9.503/1997, conhecida como o Código de Trânsito Brasileiro, o qual, seguindo um modelo baseado nos recursos científicos atualmente disponíveis, estabelece o uso do etilômetro, também conhecido como bafômetro, para a identificação do condutor alcoolizado, consoante dispõe o artigo 277, *verbis*:

Art. 277. Todo condutor de veículo automotor, envolvido em acidentes de trânsito ou que for alvo de fiscalização de trânsito, **sob a suspeita de dirigir sob a influência de álcool** será submetido a testes de alcoolemia, exames clínicos, perícia ou outro exame que, por meios técnicos ou científicos, em aparelhos homologados pelo Contran, permitam certificar seu estado (grifou-se).

Tal conduta, por meio do artigo 306 do mesmo diploma, é tipificada como crime, na hipótese do condutor apresentar concentração de álcool por litro de sangue superior a 6 (seis) decigramas, o equivalente a dois copos de chopes:

Art. 306. Conduzir veículo automotor, na via pública, estando com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas, ou sob influência de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência.

Penas - detenção, de seis meses a três anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

Parágrafo único. O Poder Executivo federal estipulará a equivalência entre distintos testes de alcoolemia, para efeito de caracterização do crime tipificado neste artigo.

A regulamentação pelo Poder Executivo acerca dos testes de alcoolemia se operou por meio do Decreto nº 6.488/2008:

Art. 2º. Para os fins criminais de que trata o art. 306 da Lei nº 9.503/1997 – Código de Trânsito Brasileiro, a equivalência entre os distintos testes de alcoolemia é a seguinte:

I – exame de sangue concentração igual ou superior a seis decigramas de álcool por litro de sangue; ou

II – teste em aparelho de ar alveolar pulmonar (etilômetro): concentração de álcool igual ou superior a três décimos de miligrama por litro de ar expelido dos pulmões.

Sendo assim, o contexto legal atual autoriza o referido exame quer mediante o exame de sangue ou pelo ar dos pulmões.

Dada à simplicidade de seu uso e transporte, o bafômetro tem sido largamente utilizado pela polícia rodoviária, federal e estadual, brasileira. De fato, basta o condutor do veículo expirar no seu interior e o resultado quase que imediatamente é apresentado.

Contudo, tem sido alvo de graves críticas, pois para sua utilização depende-se da cooperação do motorista, consistente num sopro, o que violaria o princípio *nemo tenetur se detegere*, porquanto estar-se-ia produzindo prova contra si próprio.

Expressiva parcela da doutrina brasileira tem se manifestado pela inconstitucionalidade desse teste, a saber: Gomes Filho (1997, p. 118), Jesus (2004, p. 1), Callegari (1998, p. 2), Haddad (2003, p. 352), Delmanto (2008, p. 18) e Peluso (2008, p. 16).

É o caminho perfilhado também pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, como se observa pela ementa da decisão a seguir transcrita, *verbis*:

EMENTA: PENAL E PROCESSUAL. SERVIDOR PÚBLICO. NOTIFICAÇÃO PRELIMINAR. ART. 514 DO CPP. INQUÉRITO. CONDUÇÃO DE VEÍCULO SOB INFLUÊNCIA DE ÁLCOOL. ART. 306 DA LEI Nº 9.503/97. PROVA. INSUFICIÊNCIA. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. ABSOLVIÇÃO. TESTE DE BAFÔMETRO. DIREITO A RECUSA. RESISTÊNCIA. DESACATO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAS. PERSONALIDADE. 1. Não causando qualquer prejuízo para a defesa a ausência da notificação preliminar, prevista no art. 514 do CPP, e, ainda, precedida a denúncia de inquérito policial, tem-se como dispensável a referida notificação, não caracterizando qualquer nulidade a sua falta. 2. Preponderando, quando do recebimento da denúncia, o interesse da sociedade em apurar a ocorrência de infração penal, basta a prova da materialidade e indícios da autoria; contudo, para o

juízo, deve se ter a certeza acerca do autor da infração e da realização do delito, no caso condução de veículo sob influência de álcool, pois, caso contrário, com base no princípio constitucional da presunção de inocência, a prevalência da absolvição se impõe. **3. Não há obrigatoriedade de algum indivíduo submeter-se ao teste de bafômetro, pois apresenta-se como direito público subjetivo a não-realização de provas contra si, ou seja, auto-incriminação, consubstanciado no art. 5º, incisos LV, LVII e LXIII, da CF/88, representando uma limitação ao Poder Estatal, inclusive quanto à persecução penal.** 4. Apresentada oposição à execução de ato legal, mediante o uso de violência contra funcionário público competente para realizá-lo, resta caracterizado o crime de resistência, previsto no art. 329 do CP. 5. Insultado servidor público no instante em que realiza ato de ofício, em razão de não aceitação pelo agente, apresenta-se a conduta compreendida no delito de desacato, regulado no art. 331 do CP. 6. A personalidade deve ser valorada por uma análise psicológica do agente, caso presentes elementos nos autos. Não deve ser considerada como desviada da retidão comum pelo fato de praticar delito com consciência da ilicitude, pois tal circunstância já se encontra censurada no próprio tipo penal ou, no máximo, quando da análise da culpabilidade. 7. Apelo parcialmente provido. (grifou-se)¹⁸⁷

Em abril deste ano foi ajuizada a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4103, pela Associação Brasileira de Restaurantes e Empresas de Entretenimento - ABRASEL NACIONAL, impugnando os arts. 2º, 4º e 5º, incisos III, IV e VIII, todos da Lei nº 11.705/2008, que promoveu alterações no Código de Trânsito Brasileiro (Lei nº 9.503/1997), dentre os quais se inserem os artigos 277 e 306, acima transcritos.

Dessa forma, aguarda-se o pronunciamento definitivo da Suprema Corte Brasileira, que decidirá acerca da violação ou não ao princípio *nemo tenetur se detegere*.

A depender da orientação já firmada em relação aos outros meios probatórios, como a acareação, exame grafotécnico e reconstituição de crime, a decisão poderá ser no sentido da não obrigatoriedade de se submeter ao teste do bafômetro.

No direito comparado, segundo o magistério de Haddad, a saber, Espanha, França, Itália, Portugal e Estados Unidos da América, impõe-se a obrigatoriedade do condutor a se submeter ao teste de alcoolemia por meio do bafômetro, apenando-se a recusa com multa e até prisão. A Alemanha é uma exceção, pois ali predomina o entendimento de não se poder obrigar ao exame (2003, p. 347-349).

¹⁸⁷ TRF4, ACR 2001.72.00.002341-2, 8ª Turma, Relator Luiz Fernando Wovk Penteado, DJ 19/05/2004.

No Brasil, a situação merece detida análise pelo prisma do mencionado princípio da proporcionalidade, ponderando-se o princípio *nemo tenetur se detegere* e o interesse público na preservação da vida no trânsito e da ordem social.

Inicialmente deve-se destacar que há Lei disciplinando a possibilidade do uso do bafômetro, ou seja, restringindo o princípio *nemo tenetur se detegere*, conforme acima apontado.

Por sua vez, a questão está submetida a apreciação pelo método concentrado de constitucionalidade na Suprema Corte, cuja decisão produzirá efeitos *erga omnes*, ou seja, contra todos, nos termos do art. 102, §2º, da Constituição Federal de 1988¹⁸⁸, e art. 28, parágrafo único, da Lei nº 9.868/1999.

O princípio da proporcionalidade é constituído por três subprincípios: adequação, necessidade e o da proporcionalidade em sentido estrito.

Pelo primeiro, o meio eleito pelo legislador, o bafômetro, se revela apto ao descobrimento da embriaguez do condutor, no limite estipulado pela lei (concentração de álcool igual ou superior a três décimos de miligrama por litro de ar expelido dos pulmões), somente aplicável quando houver suspeita de tal circunstância.

Pelo segundo subprincípio – necessidade – a restrição deve ser necessária, não se dispondo de outra forma possível para a obtenção da constatação desejada. Devendo-se procurar um meio que menos lesione o direito fundamental.

Dentre as formas disponíveis para atestar a embriaguez – exames clínicos e de sangue -, o bafômetro, na medida em que requer apenas um sopro do condutor do veículo, é o que menos lesiona os direitos fundamentais do acusado. Além do mais, diante da grande quantidade de veículos que circulam pela malha rodoviária do país, de proporções continentais, o bafômetro evidencia-se como o meio mais simples e rápido, posto à disposição da Administração.

Por fim, o último subprincípio – proporcionalidade em sentido estrito -, caracterizado pela ponderação dos direitos envolvidos – de um lado o princípio contra a auto-incriminação e de outro a preservação da vida e manutenção da ordem social – deve-se considerar que, conforme veiculado fortemente pela imprensa, as estatísticas demonstram a acentuada redução do número de mortes e

¹⁸⁸ Art. 102. (...) § 2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

atendimentos de socorro pelos hospitais decorrentes de acidentes do trânsito, a indicar o acerto do legislador na modificação legislativa.

Em pese a importância que se deve dedicar ao princípio contra a autor-incriminação (*nemo tenetur se detegere*), no caso ora analisado, o que está em questão é a manutenção das regras básicas de convivência social, dentre as quais a própria vida.

É até lamentável a necessidade de uma Lei para regular a quantidade do álcool consumido pelos condutores, pois deveria ser uma obrigação natural de todos velar para que o uso dos veículos auto-motores não se transforme numa arma letal.

As vantagens trazidas pela Lei Seca com o uso do bafômetro para toda a comunidade são óbvias.

Por essas razões, defendemos que, por passar pelo crivo da proporcionalidade, a denominada Lei Seca, estipulando a obrigatoriedade da submissão ao teste do bafômetro, deve ser considerada constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, merecendo o princípio *nemo tenetur se detegere* ser restringido no caso concreto.

10.4 Entrega de Documentos por Ordem Judicial

Questão recente e que também tem suscitado dúvidas em face do princípio *nemo tenetur se detege*, consiste na obrigatoriedade ou não de atender a uma determinação judicial para a entrega de documentos em processos criminais que potencialmente pode prejudicar o acusado.

Em brilhante artigo dedicado ao tema, MORO (2006) defende a tese de que o princípio *nemo tenetur se detegere* não pode ser considerado como obstáculo para o fornecimento de documentos em processos criminais.

Propugna que as evidências históricas do instituto apenas objetivavam a não emissão de declarações verbais, realizadas sob juramento, contra a própria pessoa do acusado.

Ademais, na atualidade, tão-somente o direito ao silêncio encontra proteção, quer pelo texto constitucional (art. 5º, LXIII, da CF/1988), quer pelo pacto de São José da Costa Rica.

Dessa forma, na hipótese do acusado dispor de documentos que sirvam de elemento probatório para o deslinde da causa, deve colaborar com a instrução

processual criminal, facilitando o encontro verdade, mesmo que em prejuízo aos seus interesses, com amparo no artigo 234 do Código de Processo Penal¹⁸⁹.

Em que pese os esforços dirigidos para sustentar essa posição, permite-se dela discordar.

Certo é que o princípio em apreço em sua origem histórica se destinou a resguardar o silêncio do acusado; todavia, o objetivo maior do instituto, sem sombra de dúvida, era o de não lhe impor a obrigação de se produzir prova contra si mesmo.

Assim como a vida, o direito também participa de um processo maior e dinâmico de renovação. É o que ocorreu com o princípio em enfoque.

Hodiernamente se emprega uma versão moderna do instituto, adquirindo maior importância e também englobando os casos de intervenção corporal para a produção de provas técnicas (HADDAD, 2005, p. 125).

Avaliar a questão de modo contrário equivaleria a afrontar os valores constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e da presunção de inocência.

E mais: resultaria no abandono do sistema acusatório e a volta ao sistema inquisitório, na medida em que atribuiria ao acusado em ônus que cabe à acusação, a saber: a demonstração da responsabilidade do acusado.

O princípio *nemo tenetur se detegere*, nesse sentido, possibilita ao acusado não colaborar na formação de elementos probatórios que o incriminem, atribuição, aliás, que incumbe ao órgão acusatório, no caso brasileiro, o Ministério Público.

No caso específico da apresentação de documentos por ordem judicial, HAADAD expressamente afirma que: “O acusado não está obrigado a fornecer prova documental do crime, ainda que a tenha em mãos por ocasião da audiência e mesmo que tenha optado por responder as perguntas durante o interrogatório” (2003, p. 69).

E continua: “Uma ordem judicial determinando a entrega de alguns documentos de caráter incriminatório pode ser descumprida por estar acobertada pelo princípio *nemo tenetur se detegere*” (2003, p. 86).

¹⁸⁹ Art. 234. Se o juiz tiver notícia da existência de documento relativo a ponto relevante da acusação ou da defesa, providenciará, independentemente de requerimento de qualquer das partes, para sua juntada aos autos, se possível.

Ademais, QUEIJO assinala que não configura crime de desobediência a recusa em contribuir com a apresentação de provas, justificando que tal desiderato é:

pouco eficiente para o fim que se busca alcançar, que é a viabilização da persecução penal, sobretudo se o acusado preferir responder pelo crime de desobediência a fazê-lo por outro crime, mais grave, que se lhe imputa. Isto é, mesmo adotando-se a configuração do crime de desobediência, há hipótese de recusa, o interesse público na persecução penal continuaria preterido e sacrificado (2003, p. 366).

Logo, a determinação ao acusado para a apresentação compulsória em Juízo de documentos que possam posteriormente autorizar uma repreensão penal, sob pena da aplicação prevista para o crime de desobediência, fere o princípio da não auto-incriminação. É o posicionamento também de SCARANCE (2000, p. 268).

A 7ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região ao apreciar o Habeas Corpus nº 2005.04.01.019437-8, cuja ementa a seguir é transcrita, também se orientou nesse sentido:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. PENAL. DETERMINAÇÃO JUDICIAL DE APRESENTAÇÃO DE DOCUMENTOS POR PARTE DO RÉU. CRIME DE DESOBEDIÊNCIA E CONSEQÜÊNCIAS PROCESSUAIS. PRINCÍPIO DA NÃO AUTO-INCRIMINAÇÃO. ABRANGÊNCIA. DIREITO AO SILÊNCIO E NÃO-COLABORAÇÃO NA INSTRUÇÃO PROCESSUAL. ÔNUS PROBATÓRIO. INVERSÃO INDEVIDA. EXERCÍCIO DE DIREITO FUNDAMENTAL. PREJUÍZOS AO TITULAR. IMPOSSIBILIDADE.

1. Ameaçada a configuração de crime de desobediência e estando implícito o risco de prisão em flagrante, é cabível a impetração da ação constitucional de habeas corpus.

2. O princípio da não auto-incriminação, consagrado pela evolução histórica e combativa dos direitos individuais, força o Estado-acusador a desincumbir-se de seu ônus probatório, jamais se podendo exigir justamente do cidadão-acusado colaboração em sua própria condenação.

3. A não auto-incriminação garante não somente o silêncio, mas impede o exercício forçado de qualquer ato de colaboração na formação da culpa.

4. Requisitando a decisão atacada a apresentação por parte do paciente de documentos comprovantes de contas bancárias que este sequer reconhece a existência e ameaçando com as conseqüências processuais e legais da desobediência, há ofensa ao direito de autodefesa do réu e ao princípio da não auto-incriminação.

5. Determinação de tal índole ocasiona deslocamento do ônus probatório da culpa do réu em processo penal para a defesa, o que é inadmissível frente aos princípios regentes do processo penal.

6. Do exercício de direito fundamental (não auto-incriminação) não pode decorrer prejuízo ao seu titular, tal como presunção de culpa, e muito menos sanções processuais ou de repressão criminosa.

7. Ordem concedida para afastar a exigência de apresentação pelo réu dos documentos de conta bancária, sem que sejam cabíveis quaisquer

represálias - processuais ou criminais - pelo exercício do fundamental direito de não auto-incriminação.¹⁹⁰

No direito comparado, deve-se observar que a questão não é tratada dessa mesma forma em outras legislações, revelando diversas concepções. Vejamos.

Nos Estados Unidos da América:

(...) quanto à prova documental, a Suprema Corte tem entendido que o *privilege against self-incrimination* pode ser reconhecido quando o acusado ou suspeito for intimado a apresentar documentos que possam incriminá-lo, mas há restrições.

A primeira delas é que não se reconhece o *privilege* se o documento tiver sido produzido por corporações ou entidades coletivas. Somente se o documento for pessoal é que caberá a invocação do *privilege*.

Outra restrição diz respeito à situação em que o intimado a entregar certo documento foi quem o produziu por determinação de outrem. Nesse caso, somente no que tange à auto-incriminação é que será possível invocar o *privilege*, mas não com relação à incriminação de outras pessoas. (QUEIJO, 2003, p. 305)

Situação bastante interessante ocorreu na França, onde era permitida a exigência de apresentação de documento pelo acusado; contudo, a Corte Europeia de Direitos Humanos a condenou pela inobservância do princípio *nemo tenetur se detegere*:

Com respeito à entrega de documentos por parte do acusado, o sistema alfandegário francês permitia processar penalmente a pessoa que se recusasse a fornecer à autoridade documentação referente à própria conta bancária no exterior. Mas a Corte Europeia de Direitos Humanos, decidindo que o princípio *nemo tenetur se detegere* se estendia a todo o processo e não só ao interrogatório, condenou o Estado francês (QUEIJO, 2003, p. 281).

Ainda do continente europeu, verifica-se que na Espanha não há violação ao referido princípio, sendo válida a exigência de apresentação de documentos, inclusive os pessoais (HADDAD, 2005, p. 79).

Na América do Sul, mais precisamente na Argentina, “a jurisprudência tem considerado que não há violação ao *nemo tenetur se detegere* quando o suspeito ou acusado é intimado a entregar documentos que possam incriminá-lo, porque a determinação a ele para que produza certa prova incriminatória não equivale a compeli-lo a declarar contra si mesmo.” (QUEIJO, 2003, p. 297)

¹⁹⁰ TRF4, HC 2005.04.01.019437-8, 7ª Turma, Relator Néfi Cordeiro, DJ 29/06/2005.

Por fim, também no Peru o descumprimento da ordem de apresentação de documentos implica em crime de desobediência (FARFAN, 2002, p. 87).

Portanto, a determinação judicial ao acusado em processo crime para apresentação de documentos que possam incriminá-lo, sob pena de configuração do crime de desobediência, no ordenamento brasileiro, viola o princípio *nemo tenetur se detegere*.

10.5 Extração de DNA

A estrutura da molécula do ácido desoxirribonucleico, comumente denominada de DNA, foi desvendada em 1953 por Francis Crick e James Watson, que propuseram um modelo de dupla hélice, a partir da qual foi possível à ciência compreender a forma como os caracteres hereditários se transferem de gerações em gerações (MELO, 2008, p. 1).

O DNA basicamente possui quatro compostos: a Adenina, Citosina, Guanina e Timina; e como esclarecem Dolinsky e Pereira (2007, p. 12): “No caso dos homens, existem três bilhões dessas letras escritas nos cromossomos de cada célula do indivíduo. É a ordem como essas letras estão escritas nos cromossomos que faz com que cada indivíduo seja diferente dos demais”.

Logo, cada ser humano possui um código genético próprio, por meio do qual é possível sua identificação¹⁹¹. Além disso, como ensina Melo (2008, p. 1), o DNA está presente nos seres vivos durante toda a vida, nos restos mortais (perenidade) e não sofrem alterações relevantes em seu conteúdo (imutabilidade).

No entanto, a técnica de identificação de indivíduos apenas foi desenvolvida três décadas depois, em 1984, pelo inglês Alec Jeffreys, cujo procedimento “consiste basicamente em dividir a cadeia de ácido desoxirribonucleico (DNA) existente nos cromossomas da célula e analisar os fragmentos resultantes através da marcação dos mesmos por sondas especiais” (BOEIRA, 1995, p. 290).

A descoberta ganhou o mundo com a sua utilização na resolução de dois crimes de estupro seguido de morte, ocorrido na cidade de Leicester, Inglaterra.

¹⁹¹ Na atualidade já se admitem duas exceções: a dos gêmeos univitelinos (idênticos) e dos indivíduos que se formam durante a gestação a partir da fusão do material genético de gêmeos não idênticos, ao que se denomina de quimerismo, uma vez que em seu corpo possuem dois tipos de células distintas, ou seja, DNAs diferentes. (Médicos descobrem mulher criada a partir da fusão de gêmeos). Disponível em: <www.bbc.co.uk>. Acesso em: 21 abr. 2008.

Com efeito, no ano de 1985, Alec Jeffreys, pesquisador universitário daquela cidade, examinou os vestígios de um crime de estupro – manchas de sêmen na roupa da vítima - ocorrido por volta de três anos antes, e traçou o perfil genético do autor do delito. Pouco tempo depois, um novo crime da mesma natureza se verificou no local. Recorrendo-se à mesma técnica e comparando-se os resultados, concluiu-se que o autor era o mesmo nos dois crimes.

Depois de várias diligências policiais, inclusive com a realização de DNA em todos os habitantes homens daquela cidade, identificou-se um suspeito que, após o fornecimento de sangue para a realização do teste genético para comparação, confirmou-se ser o autor dos delitos (RUIZ, 2003, p. 323; DOLINSKY, PEREIRA, 2007, p. 12).

A criminalística ganhou um novo instrumento na determinação de autores e vítimas de delitos: a genética forense, dedicada ao exame dos vestígios deixados em razão do cometimento de crimes.

Ao contrário dos exames tradicionais de sangue (ABO, Rh, MN, PGM, HLA), que necessitam de razoável quantidade de material para os testes, o exame de DNA pode ser efetuado a partir do sangue, sêmen, saliva, raízes capilares, ossos, pele, suor, urina, placenta¹⁹², enfim qualquer material biológico, e a partir de quantidade ínfimas (BONACCORSO, 2001, p. 78).

Na genética forense duas técnicas são empregadas na detecção do DNA, a saber: a RFLP e PCR.

O sistema RFLP (*Restriction Fragment Length Polymorfism*) deu início às determinações em DNA no âmbito forense (RUIZ, 2003, p. 326); requer que o material coletado esteja íntegro e em quantidade suficiente para o exame (HADDAD, 2005, p; 303). Além disso, é mais minucioso, demorado, preciso e exige especialistas para a análise dos resultados, havendo apenas seis laboratórios no Brasil que dominam a técnica.¹⁹³

Por sua vez, o sistema PCR (*Polymerase Chain Reaction*) possui a vantagem de que, a partir de uma ínfima quantidade de DNA, é possível duplicar o material coletado até a quantidade necessária para a realização do exame. Além do mais, é

¹⁹² Exemplo do uso da placenta para fins de exame de DNA, ver a decisão proferida pelo STF na Questão de Ordem em Reclamação nº 2040/DF (Rcl-QO).

¹⁹³ Jornal da Unicamp, 15 a 21 de outubro de 2007, p. 5. Disponível em: <www.unicamp.br/unicamp/unicamp_hoje/jornalPDF/ju376pag05.pdf>. Acesso em: 14 abr. 2008.

mais rápido e barato, porquanto o processo é automatizado, sendo que cerca de 70 laboratórios brasileiros o utilizam.¹⁹⁴ De acordo com Ruiz:

En criminalística, se considera que los indicios normalmente están contaminados, ya que son obtenidos del lugar de los hechos y están expuestos a las inclemencias del tiempo, por lo que esta técnica substituyó a la anterior y hoy en día, es la más utilizada para fines de Identificación forense (2003, p. 326).

Para que os resultados dos testes em DNA sejam considerados válidos em Juízo, deve-se atentar para os métodos empregados na coleta do material, aos procedimentos técnicos utilizados pelos laboratórios e à interpretação dos resultados obtidos.

Com relação à coleta do material, Paradela e Figueiredo (2008, p. 2) esclarecem que:

Evidências físicas que não são coletadas, documentadas e preservadas de modo apropriado não possuem valor científico em investigações criminais. Para a correta identificação de criminosos a partir da análise de DNA e a manutenção da cadeia de custódia, devem-se seguir parâmetros rígidos para todas as etapas do processo. É comum encontrar-se um número altíssimo de amostras biológicas em locais onde se desenvolveram crimes violentos e, por vezes, é possível obter-se centenas de evidências biológicas em um único ambiente.

(...)

As informações obtidas a partir de evidências biológicas podem ligar pessoas e estas a objetos e locais. Portanto, devem-se considerar as possibilidades de transferência de células envolvendo diferentes pessoas, objetos e ambientes. A transferência de evidências biológicas pode ser direta ou secundária, também chamada de indireta (Lee *et al.*, 1991). Em casos de transferência secundária, o material biológico é carregado por um meio intermediário. Neste caso não há contato direto entre a fonte do material biológico e a superfície de depósito. É muito importante que os profissionais envolvidos na investigação sejam cuidadosos para não depositar suas próprias células em locais e objetos associados ao crime e não transferir células presentes nos materiais analisados de um ponto para o outro.

As evidências localizadas em cenas de crime devem ser, independentemente das condições, fotografadas antes de tocadas ou movidas. A sua localização relativa no ambiente e as condições do material devem ser documentadas através de fotos, filmagem ou, na ausência destes recursos, por meio de esquemas e relatórios detalhados. Ao receber as amostras, o laboratório forense deve verificar e registrar a presença e o estado do empacotamento, dos selos e etiquetas. Os dados sobre a evidência devem ser verificados. Caso se realize algum teste preliminar no material, este procedimento deve ser registrado.

¹⁹⁴ Idem.

Os laboratórios devem realizar os procedimentos de maneira própria e zelar pela qualidade dos materiais utilizados. Por fim, a interpretação rigorosa dos dados é outro elemento decisivo.

A não observância dos cuidados necessários em qualquer dessas etapas pode resultar em exames inconclusivos (BONACCORSO, 2001, p. 59; PARALELA; FIGUEIREDO, 2008, p. 3).

Em que pese todo o avanço oferecido pelo exame em DNA, no estágio atual da ciência, ainda não se pode afirmar, por diversos motivos, que se trata de uma prova absoluta na seara jurídica criminal (BOEIRA, 1995, p. 296).

Na seara cível, com os testes para a identificação de filiação, o assunto assume contornos distintos, uma vez que o objeto investigado é a herança genética do(a) filho(a), a partir de uma comparação do material proveniente dos (supostos) pais.

Entretanto, nesse segmento, os erros praticados por laboratórios, que não são poucos¹⁹⁵, têm sido revelados por meio das chamadas contraprovas, consistentes em exame para confirmar ou não um exame anterior.

No âmbito criminal a pesquisa se preocupa em responder se o perfil genético encontrado nos vestígios do crime coincide ou não com a do suspeito, o que requer um cálculo de probabilidade gerado a partir de um banco de dados de amostras de DNA de um grupo social, que procura guardar a freqüência com que determinados genes aparecem na população a qual pertence o acusado (BOEIRA, 1995, p. 293).

Reino Unido, França, Noruega, Alemanha, Holanda, Nova Zelândia e Suécia criaram seus próprios bancos de amostras de DNA (ARAÚJO, 2008, p. 78), mas até então utilizavam como referência o banco de dados da agência americana *Federal Bureau of Investigation* – FBI -, que não revela a realidade de cada grupo social.

No Brasil, a Universidade Estadual de Campinas – Unicamp - criou e irá disponibilizar para os laboratórios um banco de amostras com perfis genotípicos brasileiros¹⁹⁶, a fim de se tornar uma nova referência e refletir as características da nossa população.

Sendo assim, o resultado do exame de DNA não exime o magistrado do dever de avaliar todo o contexto probatório carreado aos autos. Na verdade, o DNA

¹⁹⁵ Na matéria intitulada “Quem é o pai?”, de Bia Barbosa, veiculada pela Revista Veja, em 19.07.2000, informa-se que no Laboratório Gene, de Belo Horizonte, quinze por cento dos aproximadamente 2000 exames anuais são de contraprova.

¹⁹⁶ Jornal da Unicamp, 15 a 21 de outubro de 2007, p. 5.

apenas tem a força de vincular ou não um indivíduo a uma situação delituosa, um indício, que em conjunto com outros elementos probatório permitem inferir pela manutenção ou afastamento da presunção de sua inocência (HADDAD, 2005, p. 305).

Nesse sentir, conveniente a sábia advertência de Gomes Filho:

No que diz respeito à avaliação da prova, é sempre conveniente lembrar que na reconstrução dos fatos nenhum elemento tem valor absoluto, devendo ser considerado em conjunto com os demais. No caso dos testes em questão [DNA], cuja idoneidade se fundamenta em probabilidades estatísticas, com maior razão se impõe a confrontação com outros elementos probatórios, não sendo possível atribuir-se aos mesmos um valor absoluto, fundado exclusivamente na autoridade científica do perito (1994, p. 1).

O Supremo Tribunal Federal tem admitido o uso do DNA como meio de prova. O Ministro Cezar Peluso consignou na ementa do Agravo de Instrumento nº 434575/SC¹⁹⁷, que: “O exame pericial pelo método do DNA não é obrigatório, nem absoluto, mas útil ao descobrimento da verdade.”

10.5.1 Da obtenção de amostras biológicas para a realização do exame de DNA no processo penal

A coleta de amostras para a realização de exames em DNA pode ser realizada basicamente de duas formas: a) mediante a intervenção corporal no acusado, com ou sem consentimento; b) ou a partir de qualquer material por ele descartado.

10.5.1.1 Coleta de material descartado

Nessa hipótese, agentes estatais em trabalho de investigação rastreiam os movimentos do acusado ou investigado e, a partir de restos abandonados ou lançados no lixo, portanto, desprezados, os colhem para a realização dos testes de DNA.

Praticamente tudo o que mantém contato com o corpo deixa traços de material genético, pelo suor, sêmen, saliva, fios de cabelos; exemplificando: peças

¹⁹⁷ DJ 05/08/2004, p. 27.

do vestuário - camisa, roupas íntimas, meias -, pulseiras, bitucas de cigarros, lenços de papel etc.

Na medida em que tais elementos são obtidos sem a ciência do seu “proprietário”, argüi-se uma possível lesão ao direito da personalidade, nesta compreendida a intimidade e a vida privada (art. 5º, X, da CF/1988). Acerca desses valores constitucionais, Moraes os caracteriza da seguinte forma:

Os conceitos constitucionais de intimidade e vida privada apresentam grande interligação, podendo, porém, ser diferenciados por meio da menor amplitude do primeiro, que se encontra no âmbito de incidência do segundo. Assim, intimidade relaciona-se às relações subjetivas e de trato íntimo da pessoa, suas relações familiares e de amizade, enquanto vida privada envolve todos os demais relacionamentos humanos, inclusive os objetivos, tais como relações comerciais, de trabalho, de estudo etc (2000, p. 73).

Daí se infere que a proteção recai sobre os atos praticados pelo indivíduo em sua casa, relações com familiares e amigos, bem como o direito de ser respeitado por seu modo de ser e viver nos demais círculos de convivência¹⁹⁸. Como decorrência a residência também recebe proteção constitucional (art. 5º, X), na medida em que dentro de seus termos se desenvolve o direito à intimidade.

Entendemos que no caso não se verifica nenhuma colisão entre direitos fundamentais, uma vez que elementos lançados ao lixo, portanto, abandonados, logicamente se reputa como excluídos da esfera do indivíduo.

O mesmo raciocínio se aplica aos elementos deixados pelo indivíduo em locais públicos, como chicletes, lenços de papéis dentre outros.

Logo a polícia judicial em seu mister de investigação não comete nenhuma ilicitude na colheita desses elementos para possível realização de exame em DNA.

Ainda que assim não fosse, apenas *ad argumentandum tantum*, num juízo de proporcionalidade não se sustenta o argumento de violação da intimidade ou privacidade, pois a coleta referida se revela adequada (a medida permite a finalidade perseguida: colheita de prova), necessária (haveria uma mínima lesão ao direito) e na ponderação entre o interesse individual e social, prevalece este último em face das vantagens obtidas no esclarecimento de delitos.

¹⁹⁸ Prevê o Código Civil, no artigo 21 que: “A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.”

Recorrendo a outro argumento, mas que conduz à mesma solução, Haddad invoca a analogia ao flagrante esperado e preparado, *verbis*:

Enquanto naquele a autoridade policial em nada intervém para a consumação do delito e apenas aguarda a prática dos atos de execução, neste existe a participação direta do agente provocador a caracterizar o crime impossível. A figura do agente provocador não tem validade tanto em âmbito penal, pois caracteriza o crime impossível na maioria das vezes, quanto em nível processual, pela simples razão de que não cabe ao Estado esclarecer fatos através do engano dos supostos autores do delito.

O flagrante esperado se assemelha à coleta de amostra abandonada pelo acusado, quanto o flagrante preparado se identificaria com a obtenção da amostra mediante subterfúgio. Com fundamento nessa analogia, é lícita a conduta dos policiais que somente esperam o desenrolar dos acontecimentos para efetuar a coleta de amostra, o mesmo não podendo ser dito em relação à ativa participação dos agentes de polícia no alcance do resultado. Excluir a licitude da prova na primeira hipótese “seria o mesmo que punir a diligência e a perseverança do investigador que teve paciência e não recorreu a métodos violentos de investigação e premiar o descuido do criminoso” (2005, p. 341-342).

Em caso recente, ocorrido na cidade de Goiânia, intensamente veiculado pela imprensa nacional, envolvendo Vilma Martins Costa, acusada de seqüestrar recém-nascido e de dar parto alheio como próprio (art. 242 do Código Penal¹⁹⁹), debateu-se acerca do tema ora examinado.

Em 1979, Aparecida Fernanda Ribeiro da Silva foi seqüestrada por Vilma Martins Costa, ainda na maternidade, e recebeu o nome de Roberta Jamilly.

No curso das investigações, com aproximadamente 23 anos, recusou-se a fornecer amostras biológicas para a realização do exame em DNA, com o intuito de se averiguar sua verdadeira filiação. Todavia, durante uma das oportunidades em que esteve na Delegacia de Polícia, fumou um cigarro e lançou os restos no lixo.

Ciente de que havia saliva presente na bituca do cigarro, o Delegado recolheu esse material e o encaminhou para exame, cujos resultados revelaram que Vilma Martins Costa não era a mãe biológica, mas sim Francisca Maria da Silva.

O Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, na apelação criminal nº 25.005-1/213 (200302441888), confirmou a sentença condenatória e reputou válida para fins criminais a prova obtida mediante a coleta de material descartado, conforme ementa a seguir transcrita:

¹⁹⁹ Art. 242. Dar parto alheio como próprio, registrar como seu o filho de outrem; ocultar recém-nascido ou substituí-lo, suprimindo ou alterando direito inerente ao estado civil.

PENAL. REGISTRO COMO SEU DE FILHO ALHEIO. INÍCIO DO PRAZO PRESCRICIONAL. PROVA. EXAME DE DNA EM TOCO DE CIGARRO ATIRADO AO LIXO. PRIVACIDADE NÃO INVADIDA. EFICIENTISMO PENAL.

1. O prazo prescricional do crime de registrar como próprio filho alheio, previsto no art. 242 do Código Penal, inicia-se no dia em que o nascimento é lavrado nos assentos do registro civil da pessoa natural, e não no dia em que o agente subtrai o menos aos pais.

2. Não há invasão da privacidade, quando a polícia, recolhendo toco de cigarro, atirado ao lixo e o submete a exame de DNA, a fim de elucidar a filiação de quem o abandonou e, assim, chegar à autoria do crime de subtração de menores, porque, neste caso, o eficientismo penal justifica o interesse do Estado em punir o verdadeiro infrator.

PROVIDO EM PARTE POR UNANIMIDADE.

Acerca do caso, Mendroni defende a licitude do ato e enfaticamente afirma que “nada que se obtenha na rua ou em lugar público pode ser considerado ‘esfera secreta’ do indivíduo, especialmente por haver sido descartado ou desprezado” (2003, p. 5-8).

Concorda-se com tais posicionamentos, porquanto a providência policial não se desenvolveu no sentido de ocasionar um engodo à referida jovem, limitando-se a recolher os restos de material por ela descartado.

Ademais, não se constata nenhuma violação ao princípio *nemo tenetur se detegere*, porquanto, apesar do material provir do corpo do acusado, o mesmo é obtido de forma indireta, como qualquer outro vestígio criminal (exemplo: impressões digitais), sem a necessidade de sua colaboração ou intervenção no organismo.

Portanto, essa modalidade de prova guarda consonância com os postulados constitucionais e pode ser admitida em juízo.

10.5.1.2 Intervenções corporais para extração de material biológico

Amostras de DNA podem ser obtidas coletando-se o material existente no local do crime, descartados ou jogados no lixo, como acima visto, ou diretamente por meio de intervenção no corpo do acusado, a qual pode se dar de duas formas: por métodos invasivos ou não invasivos.

No primeiro método se encontra a extração por meio da introdução no organismo de agulhas, a fim de se retirar certa quantidade de sangue. Pelo segundo método a obtenção da amostra se faz mediante a coleta de raízes capilares, saliva, placenta, o que é possível graças ao desenvolvimento científico verificado nessa seara.

Em ambas as situações a preocupação e inquietude são as mesmas: será possível no ordenamento brasileiro a extração forçada, ou seja, contra a vontade do acusado, de amostras corporais para a realização do exame em DNA?

Deveras, o assunto é polêmico e requer, necessariamente, uma análise constitucional de vários princípios dentre os quais se situa o *nemo tenetur se detegere*.

O Supremo Tribunal Federal até o momento não se pronunciou acerca do tema no âmbito processual penal; todavia, em questões ligadas à investigação de paternidade, decidiu pela impossibilidade de se coletar amostras de sangue contra a vontade do suposto pai, consoante decisão proferida no HC 71.373/RS:

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE – EXAME DNA – CONDUÇÃO DO RÉU “DEBAIXO DE VARA”. Discrepa, a mais não poder, de garantias constitucionais implícitas e explícitas – preservação da dignidade humana, da intimidade, da intangibilidade do corpo humano, do império da lei e da inexecução específica e direta de obrigação de fazer – provimento judicial que, em ação civil de investigação de paternidade, implique determinação no sentido de o réu ser conduzido ao laboratório, “debaixo de vara”, para coleta do material indispensável à feitura do exame DNA. A recusa resolve-se no plano jurídico-instrumental, consideradas a dogmática, a doutrina e a jurisprudência, no que voltadas ao deslinde das questões ligadas à prova dos fatos.²⁰⁰

O julgamento foi realizado pelo plenário, em 10.11.1994, sendo que cinco ministros se posicionaram pela impossibilidade da colheita forçada de amostras de DNA, e quatro - Francisco Rezek, Ilmar Galvão, Carlos Velloso²⁰¹ e Sepúlveda Pertence²⁰² - pela possibilidade.

No ano de 2002, também pelo pleno, os Ministros do STF, em caso que envolvia a autorização para a coleta de placenta, logo após o parto, para fins de determinação da paternidade do filho da cantora mexicana Glória Trevi, então extraditanda, possível vítima de estupro carcerário, autorizaram o procedimento com o propósito de instruir inquérito policial. Confira-se pela ementa:

Reclamação. Reclamante submetida ao processo de Extradicação n.º 783, à disposição do STF. 2. Coleta de material biológico da placenta, com propósito de se fazer exame de DNA, para averiguação de paternidade do

²⁰⁰ Relator Min. Marco Aurélio, DJ 22.11.1996, p. 45.686.

²⁰¹ O Ministro salientou que “a resistência ao exame lembra a resistência que foi oposta, no século passado, à obrigatoriedade da vacina”.

²⁰² Por sua vez, o Ministro em seu voto consignou ser “risível o sacrifício imposto à inviolabilidade corporal” no exame do DNA.

nascituro, embora a oposição da extraditanda. 3. Invocação dos incisos X e XLIX do art. 5º, da CF/88. 4. Ofício do Secretário de Saúde do DF sobre comunicação do Juiz Federal da 10ª Vara da Seção Judiciária do DF ao Diretor do Hospital Regional da Asa Norte - HRAN, autorizando a coleta e entrega de placenta para fins de exame de DNA e fornecimento de cópia do prontuário médico da parturiente. 5. Extraditanda à disposição desta Corte, nos termos da Lei n.º 6.815/80. Competência do STF, para processar e julgar eventual pedido de autorização de coleta e exame de material genético, para os fins pretendidos pela Polícia Federal. 6. Decisão do Juiz Federal da 10ª Vara do Distrito Federal, no ponto em que autoriza a entrega da placenta, para fins de realização de exame de DNA, suspensa, em parte, na liminar concedida na Reclamação. Mantida a determinação ao Diretor do Hospital Regional da Asa Norte, quanto à realização da coleta da placenta do filho da extraditanda. Suspenso também o despacho do Juiz Federal da 10ª Vara, na parte relativa ao fornecimento de cópia integral do prontuário médico da parturiente. 7. **Bens jurídicos constitucionais como "moralidade administrativa", "persecução penal pública" e "segurança pública" que se acrescem, - como bens da comunidade, na expressão de Canotilho, - ao direito fundamental à honra (CF, art. 5º, X), bem assim direito à honra e à imagem de policiais federais acusados de estupro da extraditanda, nas dependências da Polícia Federal, e direito à imagem da própria instituição, em confronto com o alegado direito da reclamante à intimidade e a preservar a identidade do pai de seu filho.** 8. Pedido conhecido como reclamação e julgado procedente para avocar o julgamento do pleito do Ministério Público Federal, feito perante o Juízo Federal da 10ª Vara do Distrito Federal. 9. **Mérito do pedido do Ministério Público Federal julgado, desde logo, e deferido, em parte, para autorizar a realização do exame de DNA do filho da reclamante, com a utilização da placenta recolhida,** sendo, entretanto, indeferida a súplica de entrega à Polícia Federal do "prontuário médico" da reclamante (grifou-se).

Nessa decisão, também por maioria, vencidos os Ministros Sepúlveda Pertence, Ilmar Galvão, Celso de Mello e Marco Aurélio, considerou-se que, mesmo contra o consentimento da parturiente, era possível a coleta, uma vez que seria posteriormente descartado, não comprometendo a integridade física.

Além disso, levou-se a efeito uma ponderação entre os bens jurídicos envolvidos no julgamento, prevalecendo o direito à honra e à imagem da instituição Polícia Federal e dos seus agentes acusados de grave delito em face da intimidade da extraditanda.

As decisões acima apontadas demonstram claramente que a questão não se encontra pacificada no âmbito da corte suprema.

Não obstante, deve-se atentar de que no Brasil, pelo menos por enquanto, é inadmissível a possibilidade da extração forçada de amostras biológicas para a realização de testes em DNA, uma vez que não há Lei disciplinando o procedimento a ser aplicado nessa nova espécie de prova na seara processual penal.

Como já se observou em momento anterior deste estudo²⁰³, na medida em que se estará limitando a eficácia do princípio *nemo tenetur se detegere*, de natureza fundamental e aplicável a todos os meios de provas, imprescindível se faz a edição de uma Lei em face do princípio da legalidade, insculpido no artigo 5º, II, do texto constitucional brasileiro, o qual preceitua que: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Ressalte-se que segundo o ensinamento de Canotilho restrições a direitos, liberdades e garantias somente podem ser operadas mediante a edição de Lei (2007, p. 451-458).

Logo, nem mesmo por meio de ordem decisão judicial é possível a referida extração de amostras genéticas para a realização de exame em DNA.

Nesse sentido, posicionam-se os doutrinadores Queijo (2003, p. 366), Albuquerque (2008, p. 116), Oliveira (2004, p. 219) e Lopes Jr. (2006, p. 383).

Quanto ao tema, no direito comparado verifica-se uma clara tendência em autorizar citados exames em DNA, em nome do asseguramento da eficácia na persecução e repressão penal.

Na Alemanha, aclara Roxin, desde 1997, consta no Estatuto Processual Penal, parágrafos 81, “e” a “g”, a possibilidade de extração de sangue para a realização de exames genéticos. Todavia, para tanto, é necessária um decisão judicial escrita delimitada pelo princípio da proporcionalidade no caso concreto (2000, p. 139).

Carrió afirma que na Argentina, apesar do princípio *nemo tenetur se detegere* constar expressamente no artigo 18 da Constituição Nacional daquele país²⁰⁴, a *Corte Suprema de Justicia de la Nación* tem decidido pela possibilidade de intervenções corporais para extração de sangue (precedente “H.G.S, y outro”);

²⁰³ Ver capítulo destinado ao exame do princípio da proporcionalidade.

²⁰⁴ “Art. 18.- Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. **Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo**; ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente. Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos. El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación. Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes. Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice” (grifou-se). Disponível em: <<http://www.senado.gov.ar/web/interes/constitucion/capitulo1.php>>. Acesso em: 17 abr. 2008.

entretanto, a autorização também deve-se se preceder mediante um exame da proporcionalidade.

Lo central es entender que estamos antes medidas que proceden solo en casos en que se tengas sospechas fundadas de que corresponde llevarlas a cabo en el caso concreto y respecto de una persona concreta. Vale decir, la policia no puede andar extrayendo sangre a culaquiera y porque sí, ni tomar huellas dactilares de manera indiscriminada. (2008, p. 521 e 529)

Nos Estados Unidos, a Suprema Corte ao examinar o caso *Schmerber v. Califórnia* (U.S. 757), em 1966, decidiu que a extração de sangue não possui natureza testemunhal ou comunicativa, portanto não são alcançadas pela proteção da quinta emenda constitucional, onde consta a previsão do princípio *nemo tenetur se detegere*.²⁰⁵ No caso examinado, Schmerber sofreu um acidente automobilístico e foi levado pela polícia ao hospital para receber tratamento médico. Acreditando que o acidente foi causado em razão de embriaguez, a polícia determinou ao médico a extração de sangue para determinar a quantidade de álcool. O resultado foi positivo e considerado como prova válida (GURIDI, 1999, p. 519).

Logo, o princípio *nemo tenetur se detegere* nos Estados Unidos possui alcance limitado.

Na Espanha, a Constituição reconhece o princípio *nemo tenetur se detegere* como norma fundamental nos artigos 17.3²⁰⁶ y 24.2²⁰⁷ (GURIDI, 1999, p. 515).

²⁰⁵ “Ninguém será detido para responder por crime capital, ou outro crime infamante, salvo por denúncia ou acusação perante um Grande Júri, exceto em se tratando de casos que, em tempo de guerra ou de perigo público, ocorram nas forças de terra ou mar, ou na milícia, durante serviço ativo; ninguém poderá pelo mesmo crime ser duas vezes ameaçado em sua vida ou saúde; nem ser obrigado em qualquer processo criminal a servir de testemunha contra si mesmo; nem ser privado da vida, liberdade, ou bens, sem processo legal; nem a propriedade privada poderá ser expropriada para uso público, sem justa indenização.” Disponível em: <<http://www.embaixada-americana.org.br/index.php?action=materia&id=643&submenu=106&itemmenu=110>>. Acesso em: 02 nov. 2006.

²⁰⁶ “Artículo 17. 3. Toda persona detenida debe ser informada de forma inmediata, y de modo que le sea comprensible, de sus derechos y de las razones de su detención, no pudiendo ser obligada a declarar. Se garantiza la asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales, en los términos que la ley establezca.” Disponível em: <<http://www.derecho.com/l/boe/constitucion-espaf10la-27-diciembre-1978/#A11>>. Acesso em: 16 nov. 2008.

²⁰⁷ “Artículo 24. 2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia al letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia. La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos.” Disponível em: <<http://www.derecho.com/l/boe/constitucion-espaf10la-27-diciembre-1978/#A11>>. Acesso em: 16 nov. 2008.

Assim como nos Estados Unidos, entende-se que a proteção constitucional não alcança as intervenções corporais (GURIDI, 1999, p. 516; QUEIJO, 2003, p. 289).

Não constam no ordenamento jurídico espanhol, expressamente, normas tratando acerca das intervenções corporais no acusado (GURIDI, 1999, p. 107). Contudo, o Tribunal Constitucional Espanhol, por meio da sentença nº 207/1996, confirmou autorização para o corte de cabelo e pelo das axilas a fim de constatar se o acusado era consumidor de substâncias entorpecentes (GURIDI, 1999, p. 60). Justificou-se a medida com amparo no interesse público da investigação e pelo fato da medida não importar em violação à integridade física (HADDAD, 2005, p. 310).

Quanto ao cumprimento das determinações, o referido tribunal, na sentença nº 37/1989, em que se tratou de uma inspeção ginecológica, bem como no julgado acima referido, fixou o entendimento que descabe a execução forçada (força física), sob o fundamento de violação ao artigo 15 da Constituição²⁰⁸ (GURIDI, 1999, p. 444-445).

Na Itália, em 1986, explica Queijo, a Corte Constitucional na sentença nº 54/1986 declarou que o juiz penal pode se valer de meios coercitivos contra o acusado na produção de prova pericial, desde que os meios não o exponham a perigo de morte ou atentem contra sua incolumidade física e/ou psíquica. Quanto à extração de sangue considerou que o meio não viola a dignidade humana ou a psique do acusado, uma vez que se trata de prática médica ordinária (2003, p. 270).

O assunto voltou a ser discutido no âmbito da Corte Constitucional em 1996, na sentença nº 238. No caso se discutia acerca da constitucionalidade do artigo 224 do Código de Processo Penal, que prevê de forma genérica os poderes instrutórios do magistrado em relação à execução de perícias. Pretendia-se assentar que a coleta de sangue, por ser uma restrição a um direito fundamental, apenas seria possível desde que prevista em lei.

O pedido foi acolhido, declarando-se a referida inconstitucionalidade, na medida em que deveria ser afastada a discricionariedade judicial quanto à extração de sangue, impondo-se a necessidade do legislador intervir, regulando os casos e formas de restrição dos direitos fundamentais do acusado. Entretanto, voltou a se

²⁰⁸ “Artículo 15. Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes.” Disponível em: <<http://www.derecho.com//boe/constitucion-espaa%F1ola-27-diciembre-1978/#A11>>. Acesso em: 16 nov. 2008.

assentar que o procedimento de coleta do sangue não compromete a dignidade ou a integridade física e psíquica do acusado (QUEIJO, 2003, p. 273)

De forma sucinta constata-se que a questão já vem sendo enfrentada há muitos anos nos ordenamentos alemão, argentino, estadunidense, espanhol e italiano, os quais oferecem várias experiências que podem servir de guia na busca de uma posição brasileira.

A Constituição Federal Brasileira de 1988 não impede a restrição de direitos fundamentais; mas, atualmente, em face do princípio da legalidade (art. 5, II, da CF/1988), são inadmissíveis as intervenções corporais (invasivas ou não) para fins de extração de material orgânico do acusado para exames médicos ou de DNA.

Não obstante, uma Lei Federal²⁰⁹ poderá estabelecer os critérios e a regulamentação da restrição do princípio *nemo tenetur se detegere* a fim de se aplicar as referidas intervenções corporais.²¹⁰

Recomenda-se, entretanto, que as intervenções sejam autorizadas apenas mediante ordem judicial, e a análise e fundamentação seja necessariamente orientada pelo método do princípio da proporcionalidade, composto pelos subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

Outrossim, que não seja deferido em crimes de menor potencial ofensivo, mas tão-somente nos casos em que se verifique violação a bens jurídicos de fundamental importância, tais como a vida, a liberdade sexual e a repressão ao tráfico de entorpecentes.

Isso porquê a restrição de direitos individuais – no caso o princípio *nemo tenetur se detegere* - por ser uma medida extrema, se justifica e legitima, conseqüentemente, apenas em situações graves.

Nesse sentir, SERRANO alerta para o ponto de que “cuanto más lesivas resulten las medidas mayor intensidad habrá de exigirse a la imputación” (1990, p. 264). Daí se infere que tão-somente a apuração de delitos graves autorizam uma maior restrição ao princípio *nemo tenetur se detegere*.

²⁰⁹ Conforme determinação do “Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;” da Constituição Federal brasileira de 1988.

²¹⁰ Julga-se correta a argumentação de Haddad no sentido de que no Brasil é tímida a discussão acerca das intervenções corporais, em razão da falta de condições técnica e, acrescenta-se, financeira, para a realização do exame em DNA. As investigações ainda, na grande maioria dos casos, se processam à moda antiga, mediante a busca de uma confissão do(s) acusados (2003, p. 300).

Conseqüentemente, acrescenta Queijo, maiores devem ser os indícios de autoria ou participação do acusado a autorizar a medida (2003, p. 429).

A fim de se preservar com maior rigor a dignidade da pessoa humana e causando a menor lesão possível à integridade corporal do acusado, entendemos que devem ser proscritos os métodos invasivos de obtenção de amostras biológicas que implicam numa intrusão no corpo humano, por exemplo, a extração de sangue com agulhas e seringas.

Na medida em que a atual técnica científica permite obter os mesmos resultados com amparo em métodos não invasivos, ou seja, por meio dos quais não se requer uma intrusão no corpo do acusado, ainda que porventura se mostrem mais onerosos para o erário, entendemos que o DNA deve ser extraído, por exemplo, das células bucais (coleta de saliva), raízes capilares (cabelo, pelo das axilas), placenta, por não oferecerem qualquer risco à saúde.

Procedendo-se dessa forma, estar-se-á, desde já, orientando-se pelo princípio da proporcionalidade, subprincípio da necessidade, elegendo-se o meio menos gravoso na restrição do direito fundamental *nemo tenetur se detegere*.

10.5.2 Da declaração internacional sobre os dados genéticos humanos

Em 16 de outubro de 2004, a UNESCO (Organização das Nações Unidas para a Educação, Ciência e Cultura) aprovou a Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos²¹¹, complementando a Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos de 1997²¹².

No prefácio da Declaração consignou-se que o seu propósito, *verbis*:

é garantir o respeito da dignidade humana e a proteção dos direitos humanos e das liberdades fundamentais em matéria de recolha, tratamento, utilização e conservação de dados genéticos humanos, em conformidade com os imperativos de igualdade, justiça e solidariedade.
Propõe-se também definir os princípios que deverão orientar os Estados na formulação das suas legislações e das suas políticas sobre estas matérias.

Examinando-a, verifica-se, logo no artigo 1º, c, que a Declaração atribui a disciplina do recolhimento, tratamento e utilização dos dados genéticos para fins de direito penal e investigação de paternidade às leis internas de cada Estado,

²¹¹ Disponível em: <www.unesco.org>. Acesso em: 10 dez. 2008.

²¹² Disponível em: <www.anvisa.gov.br>. Acesso em: 10 dez. 2008.

admoestando apenas o dever de que se pautem segundo o direito internacional relativos aos direitos humanos.

No tópico reservado à finalidade, o artigo 5º, III, autoriza o recolhimento e utilização de dados genéticos para fins processuais civis ou penais, desde que observado o disposto no artigo 1º, c, acima referido.

E mais especificamente no artigo 12 reconhece a possibilidade da utilização de dados genéticos humanos para fins processuais penais ou outras ações legais, *verbis*:

Quando são recolhidos dados genéticos humanos ou dados proteômicos humanos para fins de medicina legal ou **de processos civis ou penais ou outras ações legais**, incluindo testes de paternidade, a colheita de amostras biológicas in vivo ou *post mortem* só deverá ter lugar nas condições previstas pelo direito interno, em conformidade com o direito internacional relativo aos direitos humanos (grifou-se).

Como regra, a coleta de amostras de dados genéticos deve ser realizada mediante o consentimento do indivíduo, elevado à condição de princípio pela Declaração, seja por métodos invasivos ou não-invasivos; porém, restrições são admitidas ao mesmo por razões previstas no direito interno (artigo 8º, a).

Do conjunto das regras acima expostas, infere-se que a Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos não proíbe o recolhimento, tratamento e utilização de dados genéticos para fins processuais penais.

Em que pese o consentimento do indivíduo seja um princípio, admite-se a sua restrição em face das normas internas de cada Estado, aos quais cabe o dever de observar as demais normas de direito internacional relativa aos direitos humanos.

Dessa forma, a proposta de relativização e restrição do princípio *nemo tenetur se detegere*, para fins de coleta, ainda que forçada de material genético por meios não-invasivos, por meio de uma Lei Federal ordinária, guarda consonância com as normas internacionais de direitos humanos.

10.5.3 Do projeto de lei nº 417/2003

No presente tramitam no Congresso Nacional diversos Projetos de Leis cujo tema é a manipulação do DNA para fins de identificação pessoal e processuais, quer no âmbito cível quer no penal.

O mais relevante, a nosso ver, por estar vinculado ao tema ora em estudo, é o Projeto de Lei nº 417/2003, de autoria do Deputado Federal Wasny de Roure.

Apresentado em 19.03.2003, pretende alterar a Lei nº 10.054/2000, que regulamenta o art. 5º, LVIII, da Constituição Federal de 1988²¹³, e dispõe sobre a identificação criminal, a fim de incluir o exame de DNA.

Na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania, o relator Odair Cunha, em março de 2008, apresentou seu voto pela constitucionalidade e juridicidade do mencionado projeto, sugerindo um substitutivo, por meio do qual, não mais se daria uma nova redação ao art. 1º da Lei 10.054/2000, porém se acrescentaria um parágrafo único ao art. 3º, com a seguinte redação:

Art. 3º (...)

Parágrafo único: Mediante autorização judicial, e na forma nela expressa, será identificado por meio do exame de DNA, o denunciado por crime hediondo, tortura, tráfico ilícito de drogas, terrorismo ou participação em organização criminosa.

Em sua justificativa, o Relator afirma haver “interesse público em se criar um banco de dados com informações sobre criminosos, bem como na coleta de provas para elucidar a presença do acusado no cenário do crime”. No entanto, a identificação por meio do DNA estaria restrita apenas aos casos considerados graves pela legislação penal e somente seria realizada mediante autorização do Poder Judiciário.²¹⁴

Certamente que a questão, na atualidade, é polêmica e renderá grandiosas discussões. A proposta, por envolver matéria de direitos e garantias fundamentais, deverá ser submetida tanto ao plenário da Câmara dos Deputados quanto do Senado Federal.

Sem adentrar na questão relativa à formação de um banco de dados genéticos para fins criminais, cujo tema renderia uma nova investigação acadêmica, a nosso ver, s.m.j., o projeto de lei em questão, apesar da boa intenção, não regulamenta adequadamente as implicações resultantes da restrição do princípio *nemo tenetur se detegere*, o qual se dá por via indireta.

Com efeito, ainda que os atos se dêem mediante autorização judicial e apenas em determinadas infrações penais (natureza grave), não disciplina os

²¹³ Art. 5º (...) LVIII - o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei.

²¹⁴ Informações disponíveis no endereço: <www.camara.gov.br>. Acesso em: 09 dez. 2008.

demais requisitos necessários, tais como a existência de fortes indícios de autoria ou participação, a necessidade da fundamentação se realizar pelo método decorrente do princípio da proporcionalidade, além das formas como se dará a extração do material genético, se por meios invasivos ou não-invasivos, e, ainda, se prescindirá ou não do consentimento do acusado.

Além do mais, sequer toca no assunto quanto a guarda, conservação, o acesso dos dados extraídos, a confidencialidade, como se dará a supervisão pela sociedade dos trabalhos de manipulação dos dados, etc.

Por tais razões, conclui-se que o projeto lei peca pela simplicidade na abordagem de um tema tão relevante para a sociedade brasileira, o qual requer também um grande aprofundamento e observância da pauta de princípios estabelecidos pela Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos e a Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos, ambos aprovados pela UNESCO (Organização das Nações Unidas para a Educação Ciência e Cultura).

11 CONCLUSÃO

Do estudo realizado extraem-se as seguintes conclusões:

1 Quanto à terminologia, não é adequado valer-se da expressão “privilégio contra a auto-incriminação”, de origem anglo-americana, no ordenamento jurídico brasileiro.

2 É na cultura hebraica que se pode visualizar as primeiras manifestações do princípio *nemo tenetur se detegere*, por meio da denominada regra das duas testemunhas.

3 O desenvolvimento do princípio *nemo tenetur se detegere*, tal como concebido atualmente, se deu na Inglaterra e se afirmou como um direito extensível a todas as categorias de delitos em 1836.

4 A verdade que nasce do processo judicial não corresponde exatamente à realidade, porém dela procura se aproximar, daí sua natureza relativa.

5 No Estado Democrático de Direito tão-somente por meio do devido processo legal é que se legitima a busca da verdade processual, dentro do qual se insere o princípio contra a auto-incriminação.

6 De acordo com a moderna teoria dos direitos fundamentais, a ordem jurídica se estruturada em duas espécies de normas, a saber: princípios e regras.

7 Os princípios desempenham um papel de extrema relevância, pois atuam como critério de interpretação e integração, dando sentido e unidade ao texto constitucional.

8 Atualmente compreende-se que os princípios não possuem natureza absoluta, mas relativa, ou seja, flexível.

9 Colisões entre princípios são comuns nas sociedades contemporâneas e a resolução desses conflitos necessariamente implica na ponderação do peso ou importância que cada um possui no caso concreto, em razão das circunstâncias ali estabelecidas.

10 Essa ponderação não se realiza de forma arbitrária, mas pautada pelo método derivado do postulado da proporcionalidade, composto por três máximas: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito.

11 A ordem constitucional brasileira de 1988 expressamente consagra como valor fundamental a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III), bem como a prevalência das normas internacionais de proteção aos direitos humanos (art. 4º, II).

Nesse sentir, por meio do seu art. 5º, § 2º, o legislador constituinte registrou que o rol de direitos e garantias fundamentais admite a integração de novos direitos que venham a ser considerados na ordem internacional e reconhecidos pelo Brasil na ordem interna, conferindo-lhes o status de norma fundamental.

12 Entretanto, o Supremo Tribunal Federal, por maioria, ao concluir o julgamento em conjunto do RE nº 466.343-SP, HC nº 87.585-TO e RE nº 349.703/RS, em que se discutiu a inconstitucionalidade da prisão civil do depositário infiel no caso de alienação fiduciária em face da previsão constante no Pacto de São José da Costa Rica (art. 7, nº 7), afirmou que as normas internacionais de proteção aos direitos humanos possuem status hierárquico supralegal, ou seja, abaixo da Constituição, porém acima da legislação infraconstitucional. Lamentavelmente tal orientação atenta contra o sentido e o próprio texto constitucional.

13 O princípio *nemo tenetur se detegere* possui natureza de direito fundamental, extraída dos princípios do devido processo legal (art. 5º, LIV), da ampla defesa e contraditório (art. 5º, LV), da presunção de inocência (art. 5º, LVII), do direito ao silêncio (art. 5º, LXIII), bem como da Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, proclamada pela Organização das Nações Unidas, em 1966 (art. 14, 3, g), e pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em 1969, da Organização dos Estados Americanos (art. 8, 2, g).

14 Oferece o princípio contra a auto-incriminação proteção ao acusado (pessoa física ou jurídica) em qualquer declaração prestada em interrogatório ante um agente público, ou qualquer outro meio de prova a ser realizada (pericial, por exemplo), resguardando sua autodeterminação, na medida em que o mantém livre de uma possível coação, violência física ou psíquica, a fim de não produzir prova contra si próprio.

A testemunha também é alcançada por essa proteção, mais restrita na verdade, já que abarca apenas os fatos concernentes à sua pessoa e de sua família, ainda que não sejam partes na demanda.

15 Em que pesem as reformas promovidas pelas Leis nº 10.792/2003 e 11.719/2008, infere-se que o interrogatório, judicial ou extrajudicial, possui natureza de meio de defesa e de prova.

16 Na forma da redação original do Código de Processo Penal, o princípio *nemo tenetur se detegere*, em sua faceta mais conhecida, o direito ao silêncio,

constituía apenas um direito formal, com reduzida capacidade de se constituir em instrumento de defesa do acusado.

17 As ideologias que informam a Constituição Federal de 1988 e o Código de Processo Penal são incompatíveis entre si, porquanto a primeira apresenta um perfil liberal e o segundo próprio dos regimes autoritários.

18 No tangente à disciplina do interrogatório, os artigos 186, parte final, 191 e 198 não foram recepcionados pela nova ordem constitucional.

19 Apenas quinze anos após a promulgação da Constituição Federal em vigor e onze após a incorporação ao ordenamento jurídico brasileiro do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, da ONU, e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, da OEA, iniciou-se o processo de adaptação do Código de Processo Penal, mais especificamente o interrogatório, com a edição da Lei nº 10.792/2003.

20 Com a nova redação conferida aos artigos 186 e 191, ambos do Código de Processo Penal, não mais subsiste a possibilidade do silêncio ser valorado, interpretado em prejuízo do acusado, bem como a consignação das perguntas não respondidas.

21 Apesar de não ter sido modificado pela reforma processual, o artigo 198 do Código de Processo Penal, caso seja interpretado conforme o texto constitucional, admite aplicação apenas às hipóteses de silêncio parcial.

22 O direito de o acusado consultar um advogado antes do interrogatório e o dever da defesa técnica ser exercida sempre fundamentadamente, conforme disposto no artigo 185, §2º, e art. 261, ambos do Código de Processo Penal, modificados pela Lei nº 10.792/2003, garante a igualdade de oportunidades entre as partes.

23 No que tange ao interrogatório de qualificação, verificam-se duas ordens de perguntas: as relativas à pessoa do acusado (dados pessoais) e à vida social (personalidade, situação e oportunidades sociais, vida familiar); quanto às últimas é possível que o direito seja invocado pelo acusado.

24 Caso consinta em renunciar ao direito de permanecer em silêncio, o acusado pode mentir em sua defesa durante o interrogatório de mérito, sem que nenhuma consequência prejudicial se lhe atribua por tal comportamento; no entanto, ao se imputar crime inexistente ou cometido por outra pessoa, estará praticando o crime de auto-acusação falsa (art. 341 do Código Penal).

25 A Lei nº 11.719/2008 estabeleceu um novo procedimento comum no Código de Processo Penal e, dentre várias alterações legislativas, deslocou o interrogatório ao final da oitiva das testemunhas de acusação e defesa (art. 400), conferindo maior eficácia aos princípios constitucionais da ampla defesa e contraditório, na medida em que permite à defesa a avaliação de todo o conjunto probatório produzido até aquele momento processual.

26 Por analogia do art. 457 do Código de Processo Penal, modificado pela Lei nº 11.689/2008, não mais há obrigatoriedade do comparecimento do acusado (solto ou preso) ao interrogatório judicial, restando revogado, portanto, o art. 260 do mesmo diploma processual.

27 Na medida em que a Lei nº 11.719/2008 adequou a norma de ritos aos ditames da Constituição Federal de 1988, estabelecendo um procedimento acusatório democrático e mais favorável ao acusado, revogou todos os procedimentos previstos nas Leis Especiais que com ela seja incompatível.

28 Aos processos em curso aplica-se a nova Lei nº 11.719/2008. Ainda que o interrogatório já tenha sido realizado, com o intuito de não causar prejuízo ao acusado, importa que a defesa seja consultada acerca da possibilidade do ato ser renovado.

29 Mediante a conjugação das alterações promovidas pelas Leis nº 10.792/2003 e 11.719/2008, operou-se uma revolução no instituto do interrogatório judicial, aperfeiçoando-o e alinhando-o ao modelo constitucional acusatório, digno das sociedades mais evoluídas.

30 Entretanto, o inquérito policial no Brasil, desde suas origens, tem sido utilizado como instrumento de desrespeito institucionalizado aos direitos e garantias individuais do acusado, dentre os quais se encontra o princípio *nemo tenetur se detegere*.

31 Por força do art. 6, V, do Código de Processo Penal, sujeite-se o interrogatório extrajudicial às mesmas regras aplicáveis ao interrogatório judicial, ou seja, a Lei nº 10.792/2003, que possibilita ao acusado entrevistar-se, antes da lavratura do auto de prisão, com um defensor.

32 Assim como a experiência norte-americana, conhecida mundialmente como *Miranda Rules*, o acusado deve ser cientificado do seu direito a permanecer calado por ocasião da prisão em flagrante e não apenas quando apresentado à

autoridade policial para a lavratura do auto de prisão em flagrante, sob pena de esvaziar sua finalidade.

33 Com o intuito de preservar o direito de permanecer em silêncio, tão-somente após a entrevista com um defensor, a avaliação das conseqüências, e de forma consciente e espontânea, é que deve autorizar o acusado a prestar declarações à imprensa.

34 Proíbe-se no ordenamento brasileiro, por ofensa ao princípio *nemo tenetur se detegere*, os interrogatórios realizados mediante tortura, narcoanálise e “detectores de mentiras”.

35 O campo de incidência do princípio *nemo tenetur se detegere* não se esgota ao interrogatório (judicial ou extrajudicial), aplicando-se a todos os meios de provas que dependem da cooperação do acusado para a sua realização, inclusive as periciais (por exemplo: bafômetro, DNA).

36 O princípio *nemo tenetur se detegere* não possui natureza absoluta, assim como os demais direitos fundamentais, pois, na hipótese de assim ser considerado, poderá se converter em causa de inviabilização da atividade persecutória estatal.

37 Para equacioná-lo com outros direitos, inclusive o interesse social na apuração e repressão de delitos, deve-se aplicar o princípio da proporcionalidade, cuja atribuição restará a cargo exclusivamente do Poder Judiciário, quando provocado.

38 Entretanto, na medida em que se poderá limitar a eficácia um direito de natureza fundamental, no caso o princípio *nemo tenetur se detegere*, em face de determinados meios de prova que dependem da colaboração do acusado, imprescindível se faz a previsão desses meios de provas em Lei, em face do princípio da legalidade, insculpido no art. 5º, II, da Constituição Federal de 1988.

39 Não há necessidade de que a regulamentação de opere no âmbito constitucional, melhor dizendo, uma Lei Federal será suficiente e se deverá atentar para que seja: a) geral e abstrata; b) não regule casos pretéritos; c) não vulnere o princípio da proporcionalidade; d) preserve o núcleo essencial do direito restringido, com o intuito de não desnaturá-lo.

40 No tocante aos meios de provas em espécie:

40.1 A participação do acusado na acareação e reconstituição simulada de crime é facultativa, porquanto uma eventual confissão involuntária pode ser obtida diante da situação de constrangimento gerada pela presença e declaração de

terceiros (testemunhas e vítimas), lesionando-se o princípio *nemo tenetur se detegere* por via indireta.

40.2 Em que pese o disposto no art. 174, IV, do Código de Processo Penal, não é obrigatório o fornecimento de padrões gráficos para a realização de exame grafotécnico, em face da incidência do princípio *nemo tenetur se detegere*.

40.3 A previsão legal de utilização do bafômetro não se revela inconstitucional, do que se infere do resultado da aplicação do princípio da proporcionalidade. Na medida em que o tema se encontra em análise pelo Supremo Tribunal Federal (ADIn nº 4.103), eventual decisão nesse sentido possuirá eficácia contra todos e efeitos vinculante.

40.4 A determinação judicial ao acusado em processo crime para apresentação de documentos que possam incriminá-lo, sob pena de configuração do crime de desobediência, no ordenamento brasileiro, viola o princípio *nemo tenetur se detegere*.

40.5 A coleta de amostras para a realização de exames em DNA provenientes de materiais descartados pelo acusado, no lixo ou de qualquer outra forma, não viola o princípio *nemo tenetur se detegere*, guardando consonância com os postulados constitucionais e pode ser admitida em Juízo como prova, assim como outros vestígios criminais.

40.6 No Brasil, pelo menos por enquanto, é inadmissível a possibilidade da extração forçada de amostras biológicas para a realização de testes em DNA, quer por meios invasivos quer por meios não invasivos, uma vez que não há Lei disciplinando o procedimento a ser aplicado nessa nova espécie de prova na seara processual penal.

Todavia, como a Constituição Federal de 1988 não impede a restrição de direitos fundamentais, futura Lei Federal pode disciplinar esse novo meio de prova, cuja utilização seria restrita a crimes considerados graves e mediante autorização judicial, fundamentada pelo princípio da proporcionalidade.

40.7 A coleta de amostra biológica para a realização de exames em DNA deve ser efetuada apenas por métodos não invasivos, ou seja, que não impliquem na intrusão no corpo do acusado de agulhas ou outros instrumentos, ainda que contra a vontade do acusado, por não oferecerem riscos à saúde e por lesionar o mínimo possível a dignidade da pessoa humana (saliva, raízes capilares, placenta etc).

40.8 A Declaração Internacional sobre os dados genéticos humanos, de 2004, e a Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos, de 1997, não proíbem o tratamento e utilização de dados genéticos para fins processuais penais.

12 BIBLIOGRAFIA

ALBUQUERQUE, Marcelo Schirmer. A garantia de não auto-incriminação extensão e limites. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

ALEXY, Robert. Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático. Revista de direito administrativo. Rio de Janeiro, v. 217, jul./set. 1999, p. 67-79.

_____. Teoria de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ALMEIDA Jr., João Mendes de. O processo criminal brasileiro. 2. ed. Rio de Janeiro: F. Alves, 1911.

ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. Princípios fundamentais de processo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

ALTAVILLA, Enrico. Psicologia Judiciária. 3. ed. Coimbra: A. Amado, 1982, v. 2.

ALVIM, Arruda. Manual de direito processual civil. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, v. 2.

ARANHA, Adalberto José. Q. T. de Camargo. Da prova no processo penal. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

ARAÚJO, José Osterno Campos de. Verdade processual penal. Curitiba: Juruá, 2007.

ARAÚJO, Tarso. Ciência contra o crime. Revista Super Interessante. n. 257, p. 70-79, out. 2008.

ÁVILA, Humberto. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº 4, julho, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 01 dez. 2006.

_____. Teoria dos princípios, da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

AZEVEDO, David Teixeira. O interrogatório do réu e o direito ao silêncio. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 682, p. 285-295, ago. 1992.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Problemas de direito intertemporal e as alterações do código de processo penal. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, São Paulo, n. 188, a. 16, p. 23-25, jul. 2008.

BARANDIER, Antonio Carlos. Confissão: supremo objetivo da investigação. Revista brasileira de ciências criminais, n. 3, p. 79-82, jul./set. 1993.

BARBIERO, Lourival Geraldo. Direito constitucional do réu ao silêncio e suas conseqüências. Cadernos jurídicos da Escola Paulista da Magistratura, São Paulo, n. 5, p. 85-94, maio/jun. 2001.

BARROS, Marco Antonio de. A busca da verdade no processo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

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

BARROSO, Luís Roberto. Interpretação e aplicação da Constituição. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.

BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de direito constitucional. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. São Paulo: Martin Claret, 2006.

BELO, Warley. A tortura no interrogatório extrajudicial: até quando? Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, São Paulo, n. 154, a. 13, p. 11, set. 2005.

BÍBLIA. Português. A Bíblia sagrada. Versão de João Ferreira de Almeida. 59. ed. Rio de Janeiro, 1984.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Manual de direito penal. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, v. 1.

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

_____. Teoria do ordenamento jurídico. 10. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2006.

BOEIRA, Alfredo Gilberto. O perfil de DNA como prova judicial – uma revisão crítica. Revista dos Tribunais. São Paulo, v. 714, p. 290-297, abr. 1995.

BOFF, Leonardo. Prefácio à obra Manual dos Inquisidores de Nicolau Eymerich. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/dados/livros/memoria/mundo/inquisidor/prefacio.html>>. Acesso em: 08 abr. 2008.

BONACCORSO, Norma. Elaboração de laudos e relatórios de análises de exames DNA realizados pelo instituto de criminalística de São Paulo. Arquivos da Polícia Civil. São Paulo, v. 46, p. 59-79, 2001.

BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

BUENO, José Antonio Pimenta. Apontamentos sôbre o processo criminal brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1959.

CALLEGARI, André Luis. A inconstitucionalidade do teste de alcoolemia e o novo código de trânsito. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. São Paulo, n. 66, maio, 1998.

CARNELUTTI, Francesco. Verdade, dúvida e certeza. Genesis Revista de Direito Processual Civil, Curitiba, n. 09, p. 447-662, jul./set.1998.

CARRIÓ, Alejandro D. Garantías constitucionales en el proceso penal. 5. ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2008.

CARVALHO, Amilton Bueno de. Nós Juízes, Inquisidores. Disponível em: <www.jornalrecomeco.com/materias_anteriores/90_3.htm>. Acesso em: 24 jan. 2008.

CARVALHO, Ivan Lira de. O silêncio do acusado em face da Constituição de 1988. Disponível em: <www.jfrn.gov.br/htm/doutrina.htm>. Acesso em: 30 out. 2006.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria geral do processo. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. FREIRE, Alexandre Reis Siqueira. Algumas notas sobre colisão de direitos fundamentais. Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais das Faculdades do Brasil, mar./ago. 2002.

COELHO, Luiz Fernando. Princípios gerais de direito. Disponível em: <<http://www.academus.pro.br/professor/luizfernando/>>. Acesso em: 14 maio, 2008.

COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.

CONDE, Francisco Muñoz. La búsqueda de la verdad en el proceso penal. Disponível em: <<http://www.elpais.com>>. Acesso em: 28 set. 2007.

CORWIN, Edward S. A constituição norte-americana e seu significado atual. Rio de Janeiro: J. Zahar, 1986.

COSTA, Álvaro Mayrink da. Direito penal. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992, v. 1, t.1.

COSTA, Claudio F. A verdadeira teoria da verdade. Rio de Janeiro: Zahar, 2002.

COUCEIRO, João Cláudio. A garantia constitucional do direito ao silêncio. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. As reformas parciais do CPP e a gestão da prova: segue o princípio inquisitivo. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, São Paulo, n. 188, p. 11-13, jul. 2008.

_____. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, n. 30, p. 163-198, 1998.

DAVID, René. Os grandes sistemas do direito contemporâneo. São Paulo: M. Fontes, 2002.

DELMANTO, Roberto. O testemunho exclusivo de policiais e a violação do direito ao silêncio nos casos de tóxicos. Revista do advogado, São Paulo, n. 53, p. 23-29, out. 1998.

DIAS, Jorge de Figueiredo. Direito processual penal. Coimbra: Coimbra, 1984, v. 1.

DINIZ, Maria Helena. Conflito de normas. São Paulo: Saraiva, 1987.

DIAS NETO, Theodomiro Dias. O direito ao silêncio: tratamento nos direitos alemão e norte-americano. Revista brasileira de ciências criminais, São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 19, a. 5, p. 179-204, jul./set. 1987.

DOLINSKY, Luciana Cresta. PEREIRA, Lissiane Miranda Campelo Veras. DNA Forense. Saúde & Ambiente em Revista, Duque de Caxias, v. 2, n. 2, p. 11-22, jul./dez. 2007.

DOMENICO, Carla. Juiz inquisidor e a reforma do Código de Processo Penal: uma questão controvertida. Boletim do Instituto de Ciências Criminais, São Paulo, 192, a. 16, p. 11-12, nov. 2008.

DOTTI, Rene Ariel. Garantia do direito ao silêncio e a dispensa do interrogatório. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 775, a. 89, p. 425-431, maio, 2000.

_____. O caso dos irmãos Naves. Revista brasileira de ciências criminais, São Paulo, n. 8, a. 2, p. 184-197, out./dez. 1994.

_____. O exame de DNA e as garantias do acusado. Grandes temas da atualidade DNA como meio de prova da filiação. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. Princípios do processo penal. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 687, a. 82, p. 253-269, jan. 1993.

DUALIBI, Sérgio; LARANJEIRA, Ronaldo. O bafômetro e a "lei seca". Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, São Paulo, n. 189, a. 16, p.17, 2008.

DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ESPÍNOLA Filho, Eduardo. Código de processo penal brasileiro anotado. 5. ed. Rio de Janeiro: Rio Sociedade Cultural, 1976. v. 1.

FACHIN, Zulmar. Teoria geral do direito constitucional. 2. ed. Londrina: Universidade Estadual de Londrina, 2006.

FARFAN, Fany Soledad Quispe. El derecho a la no incriminación y sua aplicación en el Peru. Lima, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 2002.

FARIA, Bento de. Código de processo penal. Rio de Janeiro: Livraria Jacinto, 1942, v. 1.

FERNANDES, Antonio Scarance. Processo penal constitucional. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

FERNANDES, Paulo Sérgio Leite. Direito e dever ao silêncio. Estudos jurídicos em homenagem a Manoel Pedro Pimentel. São Paulo: Revista dos Trubunais, 1992.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão: teoria do garantismo penal. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FERREIRA Filho, Manoel Gonçalves. Curso de direitos constitucional. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

FOUCAULT, Michel. A verdade e as formas jurídicas. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Nau, 2005.

_____. Vigiar e punir: nascimento da prisão. 32. ed. Petrópolis: Vozes, 1987.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de direito penal. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

_____. Observações sobre o princípio da reserva legal. Disponível em: <http://www.fragoso.com.br/cgi-bin/heleno_artigos/arquivo11.pdf>. Acesso em: 14.jun. 2008.

FRANCO, Ary Azevedo. Código de processo penal. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1956, v. 1.

GARCIA, Ismar Estulano. O direito de calar. Revista Jurídica, n. 272, a. 48. p. 64-67, jun. 2000.

GOMES Filho, Antonio Magalhães. Direito à prova no processo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. O teste de DNA como prova pericial. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, São Paulo, n. 18, jul. 1994.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. O direito ao silêncio na prisão em flagrante. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 836, p. 399-410, jun. 2005.

GOULART, Valéria Diez Scarance Fernandes. Tortura e prova no processo penal. São Paulo: Atlas, 2002.

GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. O direito posto e direito pressuposto. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

GRECO Filho, Vicente. Manual de processo penal. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

GRINOVER, Ada Pelegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES Filho, Antonio Magalhães. As nulidades no processo penal. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

GRINOVER, Ada Pelegrini. O interrogatório como meio de defesa. Disponível em: <<http://www.uj.com.br>>. Acesso em: 08 out. 2008.

_____. O processo em sua unidade. São Paulo: Saraiva, 1978.

GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* Juizados especiais criminais: comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. Processo constitucional e direitos fundamentais. 2. ed. São Paulo: C. Bastos: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 2001.

GURIDI, José Francisco Etxeberria. Las intervenciones corporales: su práctica y valoración como prueba en el proceso penal. Inspecciones, registros y extracción de muestras corpóreas. Madrid: Trivium, 1999.

HADDAD, Carlos Henrique Borlido. Conteúdo e contornos do princípio contra a auto-incriminação. Campinas: Bookseller, 2005.

_____. O novo interrogatório. Revista brasileira de ciências criminais, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 55, p. 231-292, jul./ago. 2005b.

HASSEMER, Winfried. Direito Penal Libertário. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

HEIDEGGER, Martin. Sobre a essência da verdade. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

HELMHOLZ, R. H. *et al.* The Privilege Against Self-incrimination: its origins and development. University of Chicago Press, 1997. Disponível em: <<http://books.google.com/books?id=Zd6s-nEmrCAC&printsec=frontcover&hl=pt-BR>>. Acesso em: 16 nov. 2008.

HOBBS, Thomas. Do cidadão. São Paulo: Martin Claret, 2006.

_____. Leviatã. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

JESUS, Damásio de. Limites à prova da embriaguez ao volante: a questão da obrigatoriedade do teste do “bafômetro”. São Paulo: Complexo Jurídico Damásio de Jesus, mai. 2004. Disponível em: <www.damasio.com.br>. Acesso em 23 dez 2006.

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. 6. ed. São Paulo: M. Fontes, 2003.

LARENZ, Karl. Metodologia da ciência do direito. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1969.

_____. Metodologia da ciência do direito. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LEITE, Simírame Pereira. Tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos na constituição de 1988 após a emenda constitucional n. 45. Brasília: Centro Universitário de Brasília – UNICEUB (Monografia).

LIMA, Arnaldo Siqueira de. O direito ao silêncio durante o interrogatório não autoriza o acusado a não se identificar à autoridade. Disponível em: <www.chicoleite.com.br/leitura.php?id_materia=61>. Acesso em: 17 fev. 2008.

LOPES JUNIOR, Aury. Introdução crítica ao processo penal. 4. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006a.

_____. Sistemas de investigação preliminar no processo penal. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006b.

_____. Bom para quê(m)? Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, São Paulo, n. 188, a. 16, p. 09-11, jul. 2008.

MAIA NETO, Cândido Furtado. Absolvição criminal pelo Ministério Público. Clubjus, Brasília-DF: out. 2007. Disponível em: <<http://www.clubjus.com.br/?content=2.10770>>. Acesso em: 23 out. 2008.

_____. Tortura, Maus-Tratos e Direitos Humanos. Nov. 1993. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.pro.br>>. Acesso em: 06 ago. 2008.

_____. Procedimento acusatório democrático para todos os crimes. Disponível em: <<http://www.parana-online.com.br/canal/direito-e-justica/news/338808>>. Acesso em: 30 nov. 2008.

MAIOR, Armando Souto. História Geral. 21. ed. São Paulo: Ed. Nacional, 1978.

MALATESTA, Nicola F. Dei. A lógica das provas em matéria criminal. 6. ed. Campinas: Bookseller, 2005.

MARQUES, José Frederico. Elementos de direito processual penal. São Paulo: Forense, 1965. v. 2.

MATOS, Carlos Lopes de. Vida e obra de Tomás de Aquino. Bauru: Nova Cultural, 1996.

MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e aplicação do direito. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. O novo 3º do art. 5º da Constituição e sua eficácia. Revista de Informação Legislativa. Brasília: Senado Federal, n. 167, a. 42, p. 93-114, jul./set. 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Conteúdo jurídico do princípio da igualdade. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MELO, Juliana Hermont de. O DNA Forense suas implicações jurídicos-penais. Disponível em <direito.newtonpaiva.br/revistadireito/docs/convidados/BKP/COLABO0105.DOC>. Acesso em: 21. abr. 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: novas leituras. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v. 1, n. 5, agosto, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 15 dez. 2006.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. DNA sem autorização. Revista Centro de Estudos Jurídicos para Assuntos Policiais – CEJAP, Campinas, n. 6, p. 5-8, jun. 2003.

MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de direito penal. 9. ed. São Paulo: Atlas, 1996. v. 3.

_____. Processo penal. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional. t. IV, 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2000.

MITTERMAIER, C. J. A. Tratado de la prueba en material criminal. 10. ed. Madri: Reus, 1979.

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

_____. Direito ao silêncio e comissões parlamentares de inquérito. Revista do Tribunais, São Paulo, v. 822, p. 496-511, abr. 2004.

_____. Direito constitucional. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

MOREIRA, Rômulo de Andrade Moreira. A reforma do código de processo penal – procedimentos. Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, Disponível em: <www.ibccrim.org.br>. Acesso em: 20 nov. 2008.

MORO, Sergio Fernando. Colheita compulsória de material biológico para exame genético em casos criminais. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 853, p. 429-441, nov. 2006.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; BASTOS, Cleunice A. Valentim. Defesa penal: direito ou garantia. Revista brasileira de ciências criminais, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 4, a. 1, p. 110-125, out./dez. 1993.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; MORAES, Maurício Zanoide de. Direito ao silêncio no interrogatório. Revista brasileira de ciências criminais, São Paulo, n. 6, p. 133-147, abr./jun. 1994.

MÜLLER, Friedrich. Concepções modernas e a interpretação dos direitos humanos. Anais da XV Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil, de 4 a 8 de setembro de 1994, p. 100-106.

NERY Júnior, Nelson. Princípios do processo civil na Constituição Federal. 8. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

NEVES, Serrano. O direito de calar. São Paulo: F. Bastos, 1960.

NORONHA, Edgard Magalhães. Curso de direito processual penal. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

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

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. Curso de processo penal. 7. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

_____. Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

PARADELA, Eduardo Ribeiro; FIGUEIREDO, Andre Luis dos Santos. As tipagens por análise de DNA e a sociedade. Disponível em: <<http://www.datavenia.net/artigos/tipagensporanalisedednanasociedade.html>>. Acesso em: 21 abr. 2008.

PASSOS, Edilenice. Código de processo penal: notícia histórica sobre as comissões anteriores. Brasília: Senado Federal, 2008. Disponível em: <www.senado.gov.br/novocpp/pdf/PPP-noticia-historica.pdf>. Acesso em: 16 jul. 2008.

PAULA, Jônatas Luiz Moreira de. História do direito processual brasileiro. Barueri: Manole, 2002.

PELUSO, Vinicius de Toledo Piza. O crime de embriaguez ao volante e o "bafômetro": algumas observações. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, São Paulo, n. 189, a. 16, p.16, 2008.

PIMENTA, José da Costa. Introdução ao processo penal. Coimbra: Almedina, 1989.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. Tratados internacionais de proteção dos direitos humanos: jurisprudência do STF. Disponível em:

<http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Repositorio/31/Documentos/Artigos/00000034-001_FlaviaPioveasn.pdf>. Acesso em: 26 jun. 2008.

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

RAMOS, João Gualberto Garcez. Audiência processual penal. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

_____. Curso de processo penal Norte-Americano. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

RANGEL, Paulo. Direito processual penal. 13. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

RISTORI, Adriana Dias Paes. Sobre o silêncio do argüido no interrogatório no processo penal português. Coimbra: Almedina, 2007.

ROCHA, Fernando Luiz Ximenes. A incorporação dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos no direito brasileiro. Revista de Informação Legislativa, Brasília: Senado Federal, n. 130, a. 33, p. 77-81, abr./jun. 1996.

ROMEIRO, Jorge Alberto. Da ação penal. Rio de Janeiro: Forense, 1949.

ROSSETTO, Enio Luiz. A confissão no processo penal. São Paulo: Atlas, 2001.

ROXIN, Claus. La evolución de la Política criminal, el Derecho penal y el Proceso Penal. Valencia: Tirant lo Blanch alternativa, 2000.

RUIZ, Miguel Oscar Aguilar. Avances criminalísticos en la identificación de las víctimas del delito a través de la genética forense. Criminalia Academia Mexicana de Ciências Penales, México, n. 3, p. 323-331, set./dez. 2003.

SANTOS, Moacir Amaral. Primeiras linhas de direito processual civil. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1981, v. 2.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SERRANO, Nicolas Gonzales-Cuellar. Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal. Madrid: Colex, 1990.

SILVA, Francisco de Assis. História do Brasil. São Paulo: Moderna, 1992.

SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. Revista de direito administrativo, Rio de Janeiro, v. 212, p. 89-94, abr./jun. 1998.

_____. Curso de direito constitucional positivo. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2001.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. Revista dos Tribunais, São Paulo. v. 798, abr. 2002, p. 23-50.

SOUZA Netto, José Laurindo de. Processo penal: sistemas e princípios. 1. ed. (ano 2003), 4. tir. Curitiba: Juruá, 2006.

STEINMETZ, Wilson Antonio. Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade. 2000. 223 f. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2000.

STUMM, Raquel Denize. Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

SUANNES, Adauto. Os fundamentos éticos do devido processo penal. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

TORNAGHI, Hélio. Curso de processo penal. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 1995, v. I.

TOURINHO Filho, Fernando da Costa. Processo penal. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 1994, v. 1.

_____. Processo penal. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, v. 3.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil. 2. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2000.

TUCCI, Rogério Lauria. Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Os tratados na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Revista de Informação Legislativa. Brasília: Senado Federal, n. 162, a. 41, p. 35-46, abr./jun. 2004.

WARREN, Earl. Os direitos de Miranda. Revista Sub Judice: justiça e sociedade. Lisboa: Almedina, p. 103-114, jan./mar. 1998.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELLI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro: parte geral. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

ZAINAGHI, Diana Helena de Cássia Guedes Mármora. O direito ao silêncio: evolução histórica. Do talmud aos pactos e declarações internacionais. Revista de direito constitucional e internacional, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 48, a. 12, p. 133-157, jul./set. 2004.

FICHA CATALOGRÁFICA

J35p Januário, Daniel

Do princípio *nemo tenetur se detegere* no processo penal brasileiro / Daniel Januário. – Umuarama: Universidade Paranaense - UNIPAR, 2008.

237 f.

Orientador: Prof. Dr. Cândido Furtado Maia Neto.

Dissertação (Mestrado)-Universidade Paranaense - UNIPAR

1. Direito processual penal. 2. Principio *nemo tenetur de detegere*. 3. Direito fundamental. 4. Meios probatórios. 5. Interrogatório. 6. Colaboração do acusado. I. Universidade Paranaense - UNIPAR. II. Título.

(21 ed) CDD: 341.43

Bibliotecária Responsável

Inês Gemelli

CRB 9/966

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)