

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

A PROIBIÇÃO CONSTITUCIONAL DA AUTO-INCRIMINAÇÃO

Adriana Duarte de Carvalho D'urso

Presidente Prudente/SP

2006

FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

A PROIBIÇÃO CONSTITUCIONAL DA AUTO-INCRIMINAÇÃO

Adriana Duarte de Carvalho D'urso

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do grau em Bacharel em Direito, sob orientação do Membro do Ministério Público e Professor, Dr. Jurandir José dos Santos.

Presidente Prudente/SP

2006

A PROIBIÇÃO CONSTITUCIONAL DA AUTO-INCRIMINAÇÃO

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado como requisito parcial para a obtenção do Grau de Bacharel em Direito.

Jurandir José dos Santos

André Luis Felício

Mario Coimbra

Presidente Prudente/SP, 28 de novembro de 2006.

AGRADECIMENTOS

Ao Prof. Jurandir José dos Santos, pela paciência, atenção e sabedoria para que fosse possível o desenvolvimento do trabalho, ao meu esposo Fabio D'Urso pela compreensão e amor dedicado no decorrer da pesquisa e a minha mãe Carmelita por ser simplesmente a melhor mãe do mundo.

RESUMO

O presente trabalho analisa o direito do réu consistente em permanecer em silêncio durante o seu interrogatório, conforme previsto na Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso LXIII. Todo acusado não é obrigado a depor contra si, sob pena de ser prejudicado, tendo, porém, que responder verdadeiramente ao que diz respeito à sua qualificação antes do interrogatório. Tanto no Brasil, como em outros países é permitido o direito ao silêncio, sem que esse direito possa prejudicar o réu. A garantia já vinha prevista em tratados internacionais e disposições legais de diversos países e com a Carta Magna de 88, o direito pátrio passou a considerar um direito subjetivo de todo cidadão, sujeito a processos judiciais e até mesmo procedimentos administrativos, manter-se em silêncio desde que este seja em benefício de sua própria defesa. Em que pesem haver atuais disposições legais no Direito Processual Brasileiro consignado que o silêncio do acusado poderá ser considerado em seu próprio prejuízo, tais disposições não mais vigoram diante do atual conceito conferido à auto-incriminação. Neste contexto, existe uma permissão constitucional assegurando o garantismo, disponibilizando claramente a possibilidade do direito ao silêncio.

PALAVRAS-CHAVE: Princípios constitucionais. Direito ao silêncio. Auto-incriminação. Garantismo.

ABSTRACT

The present work analyses the right of the defendant to remain silent during the questioning, as stated by the Federal Constitution on its article 5, LXII. Every defendant is not obligated to testify against himself, since he might be harmed by it, but he has to answer truly about his qualification prior to the questioning. In Brazil and in other countries, the right to silence is allowed, with no chance of harming the defendant. That warrantee was already foreseen by international treaties and legal orders from several countries, and with the Constitution of 88, the national Law began to consider a subjective right of every citizen, that is the subject of lawsuits or even administrative procedures, the right to remain silent as long as to benefit his own defense. Despite of the fact that there used to be legal orders on the Brazilian Litigation that implied that the defendant's silent could be taken for his own harm, such things no longer apply face to the current concept of self incrimination. In that context, there's a constitutional permission assuring that, making it clearly available the right to silence.

KEYWORDS: Constitutional principles. Right to silence. Self incrimination. Warranting.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
1. O DIREITO AO SILÊNCIO – EVOLUÇÃO HISTÓRICA	10
1.1 Considerações iniciais.....	10
1.2 Origem e conceito do Instituto.....	10
1.3 O Talmud.....	11
1.4 O Ius Commune Europeu.....	12
1.5 A Magna Carta.....	12
2. O DIREITO CONTRA A AUTO-INCRIMINAÇÃO NA ORDEM INTERNACIONAL.....	14
2.1 Nascimento no Direito Inglês.....	14
2.2 O Direito contra a Auto-Incriminação nos Estados Unidos da América. A Emenda à Constituição Norte-Americana.....	15
2.3 O Direito contra a Auto-Incriminação na França.....	17
2.4 O Direito contra a Auto-Incriminação na Alemanha.....	18
2.5 O Direito contra a Auto-Incriminação na Itália.....	18
2.6 O Direito contra a Auto-Incriminação em Portugal.....	19
2.7 O Direito contra a Auto-Incriminação na Espanha.....	20
2.8 O Direito contra a Auto-Incriminação no Brasil.....	21
3. OS PACTOS INTERNACIONAIS.....	25
4. O GARANTISMO.....	27
5. A TUTELA DO PROCESSO NA CONSTITUIÇÃO.....	29
5.1 O dualismo entre Direito e Garantia.....	29
5.2 Legislação processual e a nova ordem constitucional.....	30

6. A EXTENSÃO, AMPLITUDE E LIMITAÇÃO DO DIREITO AO SILÊNCIO.....	32
6.1 Enunciação dos Direitos do Preso e dos Acusados em Geral.....	34
7. GARANTIA DO DIREITO AO SILÊNCIO E A DISPENSA DO INTERROGATÓRIO.....	40
7.1 Natureza Jurídica do interrogatório.....	41
7.2 O pedido de dispensa.....	42
8. O DIREITO CONSTITUCIONAL AO SILÊNCIO E SUAS IMPLICAÇÕES EM FACE DAS COMISSÕES PARLAMENTARES DE INQUÉRITO.....	43
9. CONCLUSÃO.....	46
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	49
JURISPRUDÊNCIA SELECIONADA.....	51

INTRODUÇÃO

O legislador incluiu na nossa Carta Magna, o direito ao silêncio. Em assim sendo, esse direito ficou sendo obrigatório, devendo o magistrado no momento do interrogatório informar ao réu o tal direito, conforme prevê a Constituição de 1988 e, caso não seja o réu informado da possibilidade de se manter em silêncio, caberá nulidade relativa, posto ser um direito subjetivo.

Neste contexto, por ser garantia expressamente prevista na Carta Fundamental como um direito individual, não poderia ser impositivo ao cidadão, caso este permaneça calado, dizer a verdade, pois tal atitude poderia ser usada contra ele na ocasião de sua própria defesa.

Atenta a essa realidade, o presente trabalho procurou estabelecer qual o significado da garantia fundamental do direito ao silêncio, buscando averiguar se o vigente sistema jurídico nacional possibilita que o réu permaneça calado, sem que essa atitude venha a prejudicá-lo.

Para tanto, foi realizada uma ampla pesquisa bibliográfica na doutrina nacional, complementando o estudo com a citação de jurisprudência correlata e elementos de direito comparado.

Utilizou-se como instrumento metodológico científico o método dedutivo, fazendo-se uma abordagem geral do Direito ao Silêncio, a fim de constatar se a garantia constitucional realmente confere ao acusado a possibilidade de optar por ser ouvido em seu interrogatório ou permanecer em silêncio.

1 O DIREITO AO SILÊNCIO – EVOLUÇÃO HISTÓRICA

1.1 Considerações iniciais

A busca de elementos que justifiquem a existência de um direito constitucionalmente assegurado, como neste trabalho, ganha especial importância no contexto da atualidade.

Quer parecer que a necessidade de se encontrar as razões históricas que levaram um instituto a merecer maior destaque no ordenamento jurídico de um país, com a sua consagração na Lei Maior, é elemento de essencialidade.

Assim dizia o jurista lusitano José Joaquim Gomes Canotilho: “*saber história é um pressuposto ineliminável do saber constitucional*” (2001, p. 19), por isso de forma bastante angusta, passa-se a expor a origem do direito de permanecer em silêncio na história da humanidade para, posteriormente, analisar-se sua previsão e aplicação nas cartas Constitucionais e na legislação dos países que o consagram, assim como nos pactos e declarações internacionais.

1.2 Origem e conceito do Instituto

A ***liberdade de declaração*** ou ***direito ao silêncio***, como é mais conhecido, é na realidade um ***privilegio contra a auto-incriminação***, que vem a ser aquele direito que toda pessoa tem de não ser obrigado a produzir prova contra si mesmo, nem praticar atos lesivos à sua defesa ou a auto-incriminar-se.

Estudiosos do assunto afirmam que suas raízes já podiam ser identificadas no Velho Testamento e posteriormente no Direito Canônico. Para outros este instituto só teria tomado a forma moderna na Inglaterra. Interessante mencionar que nos primeiros tempos da Idade Média o procedimento usado para se restabelecer a justiça era fincado no uso abusivo da tortura, além de haver desproporcionalidade

entre a pena aplicada e os delitos cometidos. Usava-se a tortura como forma de obter a confissão do réu. A confissão era prova absoluta, onde a dor suportada pelo indivíduo era tida pela Igreja como um mal necessário para salvá-lo.

Mas é com o Iluminismo, no coração do século XVIII, que começam a se extinguir, gradativamente, os abusos contra o ser humano. Papel essencial teve Beccaria, sendo o primeiro a escrever sobre o assunto em seu livro “Dos Delitos e Das Penas”, datado de 1764, onde coloca o homem como detentor de direitos, entre eles o direito à vida e a igualdade. Dizia Beccaria que, se a sociedade política deriva de um acordo dos indivíduos que renunciam a viver em estado de natureza e acabam por criar leis para se proteger, seria inconcebível que estes indivíduos colocassem em risco o direito à vida. Em relação à desproporcionalidade das penas, alertava ele, tinham que ser certas e não cruéis, de nada adiantando a crueldade das penas, pois a razão para não se cometer um delito não é tanto a severidade das penas, mas sim a certeza de que será de algum modo punido. A pena tem é que ser infalível, aliada à vigilância dos magistrados, e à severidade de um Juiz inexorável, sendo acompanhado por uma legislação doce. Portanto, Beccaria pregava a suavidade das penas.

1.3 O Talmud

Destaca Leonard W. Levy (1999. p. 433) que nenhuma descrição sobre as origens do direito contra a auto-incriminação seria completa sem o reconhecimento de sua existência na antiga lei dos judeus.

O Talmud é uma compilação enciclopédica da “tradição”, os antigos ensinamentos orais baseados nos cinco livros de Moisés. Na textura do procedimento criminal estava declarado que um homem não poderia apresentar-se culpado, ou como um transgressor. A regra seria de que ninguém seria permitido confessar ou ser testemunha contra si mesmo criminalmente.

1.4 O *Ius Commune Europeu*

Relata R. H. Helmholz (1997. p. 17) que a auto-incriminação teve suas origens no *ius commune* europeu, estabelecendo que ninguém seria compelido a acusar-se a si mesmo.

1.5 A Magna Carta

Informado diretamente pelo princípio do devido processo legal, o direito ao silêncio insere-se na seara dos direitos da personalidade.

O art. 39 da Magna *Charta Libertatum* do Rei João Sem-Terra, de 15-06-1215, menciona:

nenhum homem livre será detido ou sujeito à prisão, ou privado dos seus direitos ou seus bens, ou declarado fora da lei, ou exilado, ou reduzido em seu status de qualquer outra forma, nem procederemos nem mandaremos proceder contra ele senão mediante um julgamento legal pelos seus pares ou pelo costume da terra.

E o art. 49 dispõe: “A *ninguém venderemos, negaremos ou retardaremos direito ou justiça*”.

Nas palavras de Joel Gora, nessas vagas, mas majestosas palavras, estão as origens do direito que agora são tidos quase como garantidos, o direito de saber de que se é acusado, o direito a um advogado, o direito de conhecer e examinar os acusadores, o direito de permanecer calado, a presunção de inocência e o ônus da autoridade de provar a culpa, o direito de ser julgado por um júri, e o direito de ser julgado rápida e imparcialmente.

A evolução histórica do direito ao silêncio mostra, claramente, a necessidade de sua consagração, tanto na ordem jurídica interna de cada país, como também em

pactos e declarações internacionais. Como fruto da reação aos abusos e ao total desrespeito à dignidade da pessoa humana, sua previsão constitucional nos tempos atuais revela importante atendimento aos direitos e garantias individuais.

2 O DIREITO CONTRA A AUTO-INCRIMINAÇÃO NA ORDEM INTERNACIONAL

2.1 Nascimento no Direito Inglês

Nas palavras de Leonard. W. Levy (Op. cit.), as origens do direito contra a auto-incriminação estão na Inglaterra. A história se inicia mesmo antes da Carta Magna, porque o sistema legal inglês e, por conseguinte, o americano, deve muito a Henrique II, que governou a Inglaterra na última metade do século XII. A Magna Carta se tornou símbolo talismânico e a fonte da liberdade individual em conexão com a luta contra a compulsoriedade da auto-acusação.

Na Inglaterra, relembra Ada Pellegrini Grinover (1978. p. 104), o “criminal Evidence Act”, de 1898, reconhece ao acusado, no curso do processo, o direito ao silêncio e a faculdade de depor informalmente. Mas também se assegura ao réu a faculdade de depor como testemunha de defesa, sob juramento e sujeito aos riscos da contraprova. No sistema inglês, o acusado só pode ser interrogado em audiência quando queira depor sob juramento para defender a sua causa.

A possibilidade de depor sob juramento, comenta Ada Pellegrini Grinover, “acaba por tirar valor às declarações prestadas informalmente, lançando suspeitas sobre o réu que não utiliza a faculdade de depor como testemunha”. E assim é que a garantia do direito ao silêncio perdeu parte do valor original, no processo inglês.

2.2 O Direito contra a Auto-Incriminação nos Estados Unidos da América. A Emenda à Constituição Norte-Americana

Com as Declarações Americanas de Direito, fontes primordiais dos direitos fundamentais, surgem as liberdades públicas. No curso da Idade Moderna, as Declarações de Direitos se apresentam estreitamente vinculadas ao desenvolvimento do constitucionalismo. A partir do século XVIII, surge o entendimento de que as constituições deveriam conter uma série de dispositivos que proclamassem os princípios fundamentais, caracterizando a própria natureza e fins do Estado.

Diverso é, contudo, o tratamento dado ao direito contra a auto-incriminação no direito inglês e no norte-americano.

Enio Luiz Rosseto (2001. p. 153) menciona que “*o que os defensores da máxima queriam era que a pessoa não fosse compelida a responder perguntas em seu detrimento, salvo se houvesse sido antes regularmente acusada, isto é, pelo grande Júri*”. Uma vez expressa, a idéia rapidamente se propagou, especialmente depois de 1660, quando passou a incorporar a maior parte de seus corolários atuais. A evolução do princípio insere-se na problemática crucial do processo penal, qual seja, o confronto entre a defesa social e os direitos fundamentais do imputado.

Leonard W. Levy (Op. cit.) ensina que o direito ou “privilégio” contra a auto-incriminação não era uma frase para os formuladores da V. Emenda. Eles falavam, comumente, do direito de uma pessoa não ser testemunha contra si mesma.

De início era chamado de direito ao silêncio, o direito contra a auto-infâmia e, mais correntemente, o direito contra a auto-incriminação.

Aponta Harvey Fireside (1998, p. 28) que a V. Emenda da Constituição norte-americana dividia-se em cinco partes: 1) o direito de permanecer calado; 2) o direito contra o duplo risco; 3) o direito a um veredicto pelo Júri; 4) o direito ao devido processo; 5) o direito a uma justa compensação.

Cada um desses direitos, afirma o citado autor, tem séculos de história geral atrás de si.

Nos Estados Unidos , a primeira Emenda à Constituição de 1787, em seu art. V, vem consignar que nenhuma pessoa será compelida em qualquer caso criminal a ser testemunha contra si mesma, e vai além, como leciona Maria Garcia (n. 20, 1997), “colhendo direitos específicos, como o direito a uma completa investigação criminal que permitia a apuração dos fatos independentemente da confissão pois esta, como previsível, poderá vir eivada do vício e da violência ao direito de permanecer silente”.

Desta forma, surgem os primeiros casos nos Estados Unidos nos quais o direito de permanecer calado, sobre fatos incriminatórios, seria invocado pelos depoentes. Aponta Ada Pellegrini Grinover (Op. cit, p. 104) que

o ordenamento norte-americano deu amplitude maior ao direito ao silêncio, através de vários pronunciamentos da Corte Suprema: ficou assentado que a acusação não poderia comentar a preferência pelo silêncio do acusado e que o Juiz não poderia instruir os jurados a respeito de qualquer conotação do silêncio; esclareceu-se, também, que a *self-incrimination clause* representaria um direito essencial para a realização do *due process of law* e uma garantia indispensável para a livre conduta e o direito de defesa do réu.

Comentando o tema, escreve com propriedade o doutrinador Theodomiro Dias Neto (1997, 19/194):

o réu tem não somente o direito de renunciar as perguntas, como também o direito de não atuar como testemunha durante o seu próprio julgamento, evitando com isto submeter-se a uma situação em que perguntas sejam formuladas. É inconstitucional qualquer tipo de penalidade imposta ao réu em decorrência do exercício deste direito. Neste sentido a Suprema Corte proíbe o Ministério Público de fazer durante o julgamento qualquer tipo de comentário ou alusão ao silêncio do réu. O réu tem ainda direito de requisitar que o Juiz instrua o Júri sobre a irrelevância de seu silêncio para a decisão do caso.

De seu lado, Maria Garcia (Op. cit.) refere que

Numerosos julgados da Suprema Corte enfatizavam o direito contra a auto-incriminação. Continua, ainda, a autora citando o célebre caso Miranda Arizona, no qual a Suprema Corte decidiu que um sujeito não poderia ser interrogado pela polícia a não ser que o quisesse e que ele teria o direito de ter um advogado presente todo o tempo e de ter informações. Mais ainda, o promotor não poderia comentar ou apontar ao Júri fato sobre o qual um acusado escolheu permanecer calado.

Narra a história de Miranda, assinalando que a rotina policial de advertir qualquer suspeito de seu direito de permanecer calado teve início com esta ocorrência, em 1966.

Segundo Aduauto Suannes (1999, p. 269), a Corte definiu os três elementos fundamentais: a **presunção de inocência**; o **conseqüente direito ao silêncio** e a **assistência por advogado**, sendo certo que o agente policial, no ato da prisão, está obrigado a advertir o detido não só desses seus direitos como de que aquilo que ele venha a afirmar poderá ser utilizado contra ele no julgamento.

2.3 O Direito contra a Auto-Incriminação na França

Menciona Ada Pelegrine Grinover (Op. cit. p. 104-105) que “a introdução do *nemo tenetur se detegere* tardou no sistema europeu do direito codificado, pelas mesmas razões históricas que ocasionaram, primeiro, a difusão do sistema inquisitório de origem eclesiástica e, posteriormente, a acolhida das tendências autoritárias do direito público”.

Conforme se extrai da doutrina, somente em 1897, a França introduziu o princípio na legislação processual penal e hoje o art. 14 do CPP prevê o instituto apenas para a *premiere comparution* da instrução preparatória, quando o réu é

informado de que pode deixar de responder, mas não para os demais interrogatórios previstos ao longo do procedimento.

2.4 O Direito contra a Auto-Incriminação na Alemanha

Na Alemanha, o Código de Processo Penal de 1965, veio consagrar expressamente o princípio, já reconhecido como diretamente deduzível da Constituição, cujo art. 1º prescreve a inviolabilidade da dignidade humana e a vinculação de todos os poderes estatais, inclusive a jurisdição, aos direitos fundamentais, como direito imediatamente aplicável.

O direito ao silêncio resulta da obrigação estatal de instruir, de informar sobre tal direito, e visa a impedir que a pessoa se sinta pressionada a contribuir ativamente com o Estado por meio de declarações auto-incriminatórias (confissões). O dever de instrução vale para todas as fases do procedimento penal: o inquérito policial, a fase intermediária e a ação penal.

2.5 O Direito contra a Auto-Incriminação na Itália

Na Itália o “*nemo tenetur*” fora adotado pelo Código de Processo Penal de 1930 de forma tímida e limitada, podendo o silêncio ser valorado como indício de culpa. Todavia, após a reforma do Código de Processo Penal, tendo em vista a inserção, no sistema, de exame das partes, é questionado se o direito ao silêncio permaneceu na íntegra, ou seja, sem qualquer consequência.

Silvia Buzzeli diz que “continua ele intocável no que concerne ao interrogatório, mas quanto ao referido exame das partes cada pergunta não respondida pelo acusado será consignada e poderá servir de elemento de prova, provocando, pois, consequências negativas à defesa.

Enio Luiz Rossetto (Op. cit., p. 163-164) disserta que o Código de Processo Penal italiano, no art. “64. 3”, prevê para a fase de investigação, antes do início do interrogatório, a advertência à pessoa de que tem a faculdade de não responder, hipótese em que o procedimento continuará seu curso, complemento da regra pela qual ninguém pode ser obrigado a depor sobre fatos dos quais poderá emergir a própria responsabilidade penal. Há, por outro lado, crítica quanto à condição de ser mera irregularidade a omissão de advertência, sustentando-se que o interrogatório deve ser renovado.

O novo Código de Processo Penal italiano, com perfil marcadamente garantista, por seu art. “198. 2” estabelece que, mesmo fora do interrogatório, ou seja, durante as declarações de uma pessoa não acusada de um crime ou não submetida às investigações preliminares, a autoridade judiciária, ou de polícia judiciária, notando que emergem indícios contra ela, deve interromper o ato e adverti-la que, a continuar com tais declarações, poderão lhe acarretar futuras investigações, e a convida a nomear um defensor de sua confiança.

2.6 O Direito contra a Auto-Incriminação em Portugal

Também Portugal, por força do art. 61, c, do CPP, o assegura, de maneira clara e unívoca, ao firmar que “o argüido goza de direito de: não responder as perguntas feitas, por qualquer entidade, sobre os fatos que lhe forem imputados e sobre o conteúdo das declarações que acerca deles prestar”. Essa norma segundo Costa Andrade (1997, p. 202), outorga irrestrito e contínuo direito ao silêncio, válido para todas as fases do processo, e conclui que a lei portuguesa impõe a todas as autoridades judiciárias e de polícia criminal, perante as quais o argüido haja de comparecer, a obrigação de o informar dos direitos que lhe assistem, logo também e sobretudo do direito ao silêncio.

Revela notar que, em caso de omissão da explicação do argüido de que tem o direito de calar, proíbe-se a utilização das declarações, exigência cujo inadimplemento é expressamente sancionado com a proibição de valoração. A

codificação dispõe sobre o silêncio no art. 343, n. 1: “O presidente informa ao argüido de que tem direito de prestar declarações em qualquer momento da audiência, desde que elas se refiram ao objeto do processo, sem que no entanto a tal seja obrigado e sem que o seu silêncio possa desfavorecê-lo”, e ainda acerca do silêncio parcial, art. 345, n.1, parte final, quando destaca que “o argüido pode, espontaneamente ou a recomendação do defensor, recusar a resposta a algumas ou a todas as perguntas, sem que isso o possa desfavorecer”.

Contudo, a norma processual codificada, art. 141, 3, não permite o silêncio do acusado no instante de sua qualificação. Verbis: “o argüido é perguntado pelo seu nome, filiação, freguesia e conselho de naturalidade, data de nascimento, estado civil, profissão, residência, número de documento oficial que permita a identificação, se já esteve alguma vez preso, quando e porquê esse foi ou não condenado e por que crimes”. Deve ser advertido que a falta de respostas a estas perguntas ou a falsidade das mesmas o pode fazer incorrer em responsabilidade penal.

2.7 O Direito contra a Auto-Incriminação na Espanha

Na Espanha, entres as garantias mínimas do processo penal, a Constituição de 1987, em seu art. 24, 2, prevê a cláusula do direito ao silêncio. O direito constitucional de não declarar contra si mesmo, de não produzir ou fornecer prova contra si, enfim, de não ser obrigado a confessar, está intimamente ligado com o direito ao silêncio.

2.8 O Direito contra a Auto-Incriminação no Brasil

O direito de permanecer calado, como privilégio contra a auto-incriminação, surge no Código Processual do Distrito Federal, em seu art. 296, o qual garante o máximo respeito à inviolabilidade do direito de defesa:

Art. 296. O juiz, mandando que lhe seja lida a queixa ou denúncia, interrogará o réu pela maneira seguinte:

VIII - se quer fazer alguma declaração.

Sob a égide desse Código, o juiz só perguntaria ao réu se queria prestar alguma declaração. A esse propósito escrevia João Mendes Junior (O processo criminal brasileiro, Rio de Janeiro, Apud Grinover, Ada Pellegrini,(Op.cit. p. 110):

No sistema adotado para os processos criminais, quer na formação da culpa, quer no julgamento, o acusado tem o direito de responder seu laconismo. É a instalação definitiva do regime estabelecido pelas práticas dos tribunais ingleses e americanos: ali está consagrado na sua maior pureza o princípio da inviolabilidade do direito de defesa.

O direito ao silêncio também era previsto em nossa legislação no artigo 186 do CPP, dispondo a Lei Processual que “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 juízo da própria defesa”.

A Constituição Federal de 1988, no entanto, com redação no inciso LXIII do art. 5º, assim dispõe: “***o preso será informado de seus direitos, dentre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurado a assistência da família e de advogado.***”

Com supedâneo nesse princípio, afirma Ada Pellegrini Grinover que, em consequência, “*o réu, sujeito da defesa, não tem obrigação e nem o dever de fornecer elementos de prova que o prejudiquem*”. Ainda que se quisessem ver no

interrogatório um meio de prova, só seria em sentido meramente eventual, em face da dificuldade dada ao acusado de não responder. A autoridade judiciária não pode dispor do réu como meio de prova, diversamente com o que ocorre com as testemunhas; deve respeitar a sua liberdade, no sentido de defender-se como entender melhor, falando ou calando-se, e ainda advertindo-o da existência da faculdade de não responder. Como bem aponta Grevi, do silêncio ou da mentira do réu não podem deduzir-se presunções que superem a presunção de inocência, solenemente proclamada no art. 9º da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do cidadão, ou que superem o princípio *in dubio pro reo*.

Louri Geraldo Barbiero (1998, 5/215), discorre que

com a Constituição de 1988, a garantia processual foi elevada no âmbito constitucional, cabendo observar que, o constituinte tenha se referido, com prioridade, ao preso, a garantia se estende também ao indiciado ou acusado solto.

Por outro lado, completa o mesmo autor:

a proteção ao silêncio se aplica tanto ao interrogatório policial como ao judicial, mas não só. Abrange todas as oportunidades em que o sujeito passivo é posto em condições de ser inquirido.

Dessa forma e para adequar e compatibilizar o Código de Ritos com a nova ordem constitucional, promoveu-se por meio da Lei nº 10.792, de 1º/12/2003, uma alteração redacional de todo o capítulo III, do Título VII, ficando assim a nova redação do artigo 186, criando-lhe um parágrafo único:

Art. 186. Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas.

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

Sobre o assunto, trataremos mais pormenorizadamente adiante.

De se observar, porém, que o direito ao silêncio se aplica apenas à última parte do interrogatório. O interrogado tem o dever de responder corretamente às perguntas relativas à sua qualificação, sob pena de responsabilidade criminal, porque estas não dizem respeito aos fatos que lhes são imputados e, em conseqüência, as respostas não trazem em si qualquer atividade defensiva. Além disso, a autoridade que preside o ato precisa ter a certeza de que se trata mesmo do indiciado ou acusado daquele inquérito ou processo. O CPP, com as alterações promovidas pela citada Lei 10.792/03, trata da divisão do interrogatório em duas partes, no art. 187, §§ 1º e 2º.

Assim a doutrina evoluiu, inspirando-se na cláusula da ampla defesa e em outros preceitos como o da presunção de inocência, para inserir a seguir o princípio de que ninguém é obrigado a auto-incriminar-se.

O direito de permanecer calado se insere em regra do devido processo legal, em suas garantias do exercício da ampla defesa, do contraditório real e da chamada presunção de inocência.

Sem dúvida, o direito em tela integra a autodefesa do incriminado, consubstanciada no direito de audiência; tem ele o direito de fornecer subsídios à defesa técnica, mas, como é dispensável e renunciável, pode, também, como forma de defesa, preferir o silêncio.

Pertence o direito ao silêncio à intimidade, sendo manifestação de um fundamental aspecto das liberdades públicas. É necessário permitir ao homem calar, fechar-se em si mesmo, nos seus pensamentos e reflexões, não se expor, considerar seus prejuízos.

São dois os pontos mais polêmicos que alicerçam o novo enfoque dado ao processo penal brasileiro. Um deles é a ênfase às garantias individuais, mostrando a superação do modelo político acusatório que vigia no país na década de 60; outro ponto é a busca de se dar maior eficiência à repressão da criminalidade, organizada

e violenta, na qual se ampara o desespero da população, situação que exige imediata resposta do Estado.

É com olhos nesta realidade que a Constituição Federal de 1988, inseriu em seu contexto noções de cunho garantista, acentuando as características do processo moderno. A Constituição brasileira já trazia em seu texto, desde o império, preceitos liberais amparados no Iluminismo do século XVIII, tanto que a Constituição de 1824 foi considerada muito avançada para seu tempo (impunha a abolição da tortura, art. 179, inc. 19), assim como também as outras cartas constitucionais foram agregando, com o passar dos tempos, a evolução necessária a cada momento político e social do país em crescimento.

Então em seu artigo 5º, ao referir-se aos direitos e deveres individuais e coletivos, a Constituição Federal de 1988 tratou de inserir alguns novos preceitos e reformular outros tantos já existentes em Constituições anteriores, principalmente no campo da proteção aos direitos fundamentais, onde a marca de um Estado se define pela ampliação do rol das liberdades e dos instrumentos existentes para defendê-la. Trataremos do posicionamento da nossa legislação, não só frente às mudanças constitucionais, mas também frente a tratados e acordos internacionais. Inserido neste contexto, está o direito ao silêncio. As consequências que advêm das várias linhas de pensamentos face à colocação e a manutenção do direito ao silêncio em nosso meio, vêm delineadas no decorrer desse trabalho, questionando a existência ou não destes ***direitos garantistas*** em nossa realidade, porque uma coisa são os direitos inseridos no âmbito jurídico de um país e outra é a sua efetiva concretização.

3 OS PACTOS INTERNACIONAIS

Da fundamental importância da relação entre indivíduo e o Estado, surgiu a necessidade de se adequar o Código de Processo Penal ao status que passou esse mesmo indivíduo a ocupar.

Benjamin Constant (1997, p. 235-236) já dizia que todas as constituições francesas reconheciam a liberdade individual; contudo, esta nunca deixaria de ser constantemente violada, mostrando que uma simples declaração não basta, sendo necessárias salvaguardas positivas. Neste sentido foram introduzidas regras de cunho garantista, impondo ao Estado e a sociedade o respeito aos direitos dos indivíduos, sendo tendência mundial a concretização de acordos feitos em países justamente com este intuito. Aliás, é desejo antigo alcançar a uniformidade legislativa de comunidades culturais homogêneas, com bases comuns e sem que haja interferência nas características próprias de cada país, tudo isto em face da necessidade de integração cultural e política dos Estados em comunidades supranacionais, evitando o isolacionismo jurídico.

Nesta linha insere-se o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, aprovado pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 16 de dezembro de 1966, que assegura a “cada indivíduo acusado de um crime”, entre as garantias processuais mínimas para o exercício do direito de defesa, a de “não ser constrangido a depor contra si mesmo ou a confessar-se culpado”.

É da mesma forma que se posiciona a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos, conhecido como Pacto de San José da Costa Rica, adotado pela O.E.A, e posteriormente inserido pelo Brasil em 06/11/92, através do Decreto de nº 676/92. Do seguinte teor é o artigo 8º do referido Pacto, tratando das garantias judiciais:

Toda pessoa tem direito a ser ouvida com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na

apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

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, tais como, direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada.

Sobre o tema enfocado, manifesta-se o professor Antonio Scarance Fernandes (1999, p. 12-13):

Entre nós, as Constituições desde o Império contemplaram normas de garantia individual, sendo neste aspecto pródiga à Constituição atual, que, em seu art. 5º, apresenta extenso rol de regras destinados a assegurar os direitos individuais e coletivos. A Constituição atual manteve preceitos das anteriores Constituições. Acrescentou outros. Formam todos um conjunto de garantias que informam todo o sistema brasileiro.

Fica demonstrada a importância da introdução de regras de cunho **garantista**, havendo imposição do respeito por parte do Estado e da própria sociedade, aos direitos individuais.

4 O GARANTISMO

O garantismo penal traduz os limites da legitimidade do poder de punir, pois o delinqüente é visto como sujeito de direitos, e o Estado tem o dever de garantir o respeito a ele, não importando se está na fase pré-processual, na fase de julgamento ou se já foi este sujeito condenado. Foi Luigi Ferrajóli quem delineou o sistema garantista, sendo definido por ele em dez axiomas importantíssimos.

Norberto Bobbio (1995, p. 13) fez notável prólogo à obra de Luigi Ferrajóli, afirmando o seguinte:

a aposta é alta: a elaboração de um sistema geral de garantismo prefere a construção das vigas mestras do estado de Direito que tem por fundamento e fim a tutela das liberdades do indivíduo frente às variadas formas de exercício arbitrário do poder, particularmente odioso no Direito Penal.

E é sobre a luz do princípio da presunção de inocência que o direito ao silêncio, se exercido pelo acusado, não poderá, em hipótese alguma trazer prejuízo a este mesmo, afinal, não pode existir um sistema de garantias onde um direito constitucionalmente assegurado possa acarretar danos ou sanção.

Outro ponto a se ressaltar, é o de que o acusado não pode ser obrigado a colaborar na apuração dos fatos, transformando o acusado em objeto da investigação, o que seria reprimível. Se o direito regula as condutas humanas, sempre partindo da observação sociológica no tempo e no espaço, há de se convir que ele muda conforme o comportamento humano, e este está em constante transformação; sendo assim, condutas valoradas anteriormente como nocivas à sociedade, estão se transformando em objetos de descriminalização e condutas hodiernas que não foram objetos de regramento pelo direito penal estão se tornando hipótese de incidência de novos crimes por serem opostas aos interesses sociais vigentes emergentes, protegidos pela legislação em vigor.

O direito penal é despido de coerção direta, ele precisa do processo para se fazer valer.

Não existe delito sem pena, nem pena sem delito e processo, nem processo penal senão para determinar o delito e impor uma pena.

Dentro desta íntima relação entre o direito penal e o processo penal, deve-se apontar que ao atual modelo de Direito Penal Mínimo, corresponde a um processo penal garantista, e é dentro dessa idéia que se manifesta a limitação jurídica de punir e de perseguir.

O processo penal tem dupla função, tornar viável a aplicação da pena, e de outro, servir como instrumento efetivo de garantia dos direitos e liberdade individuais, assegurando os indivíduos contra os tratos abusivos do Estado.

O garantismo visa a garantir os direitos individuais constitucionalmente previstos, como a presunção de inocência, contraditório e ampla defesa.

Portanto, o sistema garantista estaria sustentado por cinco princípios básicos sobre os quais deve se erguer o processo penal: a jurisdicionalidade, a inderrogabilidade do juízo, a separação das atividade de julgar e acusar, a presunção de inocência e o contraditório.

O garantismo nada mais é, portanto, do que a proteção da personalidade do acusado.

Cabe colocar aqui a importância do código-modelo, que delineou o novo processo penal na América Latina, distribuindo em seus livros a ênfase ao respeito à dignidade do suspeito ou acusado, acolhendo plenamente os princípios do processo penal.

5 A TUTELA DO PROCESSO NA CONSTITUIÇÃO

O conjunto metodológico e sistemático dos princípios constitucionais do processo leva o nome de Direito Processual Constitucional, e como ramo do direito público, examina o processo em suas relações com a Constituição. A tutela constitucional dos princípios fundamentais da organização judiciária e do processo é, portanto, abrangido por este ramo do direito público, que também engloba a jurisdição constitucional.

A tutela constitucional dos princípios da organização judiciária equivale às normas constitucionais sobre os órgãos da jurisdição, sua competência e suas garantias: já a tutela constitucional do processo está embasada no direito à justiça e no direito ao processo.

É a Constituição o resultado das forças políticas existentes na sociedade em um dado momento histórico, que então se constitui em um instrumento jurídico de que os processualistas utilizam-se para que haja um perfeito entendimento do processo e de seus princípios. Hoje, mais do que nunca, os estudos constitucionais podem ser facilmente notados no momento científico atual do processo penal e vários são os estudiosos que tem se empenhado na análise do processo constitucional, entre eles José Frederico Marques, Buzaid, Cappelletti entre outros.

5.1 O Dualismo entre Direito e Garantia

Existe uma necessidade de integração entre o interesse e do Estado, visando a assegurar a liberdade, e o interesse de punir, porque o que se almeja é a segurança. Isso tudo é resolvido através de um processo penal justo.

O processo é o instrumento público responsável pelo equilíbrio de interesses contrapostos.

Então a nossa legislação tratou de modo expresso de assegurar meios e modos para que se garanta o exercício de defesa, entre eles o direito ao silêncio.

Nesse sentido o direito ao silêncio pode, dependendo do ponto de vista, ser considerado um direito ou uma garantia, conforme o direito que se privilegie. Sob o enfoque que transplanta o interesse da parte, ou seja, o enfoque público, a defesa é uma garantia. Já sob o prisma que dá preferência ao interesse privado do acusado, a defesa é entendida como um direito.

5.2 Legislação Processual e a nova Ordem Constitucional

O direito processual é hoje a tradução da garantia da tutela jurisdicional do Estado, delimitados por atos formatados em lei. Assim, o direito processual é formado por um conjunto de garantias, que são da ação e defesa, do devido processo penal, no qual se inserem o contraditório, a ampla defesa e a igualdade processual. Portanto, o direito ao silêncio é uma das novidades constitucionais mais importantes.

Sabemos que é tendência mundial a proteção do indivíduo, logo, enquanto não ficar provado a sua culpa, todo acusado é inocente, instalando-se desde já a presunção de inocência e o *in dubio pro reo*.

Seria, portanto, uma arma contra o poder estatal, protegendo o indivíduo de possíveis abusos do estado e também da sociedade.

O direito constitucional fixa a estrutura fundamental dos órgãos jurisdicionais, assegurando a distribuição de justiça, entregando o direito objetivo e estabelecendo os princípios essenciais. Então o direito processual se baseia nos princípios que dizem respeito a ele, e que estão contidos na Constituição, além de estar disposto nas forças políticas e sociais que influenciaram a elaboração da lei

Exemplo claro que demonstra que o direito penal é ligado ao direito constitucional é justamente o direito ao silêncio do réu.

Problema que se discute muito na doutrina e na jurisprudência desde a Constituição de 1988 é a recepção ou não pela nova ordem constitucional do art. 198, parte final do CPP.

O artigo 198 dispõe: “O silêncio do acusado não importará confissão, ***mas poderá constituir-se elemento para a formação do convencimento do juiz***”. Perante tal dispositivo, parte da doutrina e da jurisprudência sustenta que, a contar da Constituição de 1988, ele não mais prevalece, em face do princípio da proibição da auto-incriminação.

Os que defendem esta tese, sustentam que este dispositivo (tal como eram os artigos 186 e 191, do CPP), seria uma forma de coagir o réu a falar, visando a confissão.

Representa uma limitação ao direito público subjetivo constitucional. A lei inferior não poderia limitar o que lei superior não quis que fosse limitado. O direito ao silêncio teria passado a integrar o princípio constitucional da ampla defesa, sendo causa de nulidade absoluta tal advertência feita em interrogatório, seria violar uma garantia constitucional. O exercício desse direito não poderia ser interpretado em seu desfavor.

Esses defensores afirmam que não se pode interpretar o silêncio do réu em prejuízo deste mesmo, pois significaria negar o princípio da presunção de inocência. O silêncio não poderia ser objeto de valoração jurisdicional, pois não constitui prova, no sentido jurídico do termo.

A tese de revogação deste dispositivo, embora apoiada em opiniões diversas e respeitáveis, não convencem, e não entendemos que devam ser vistas por este prisma.

A nova Constituição não revogou o artigo 198 do CPP, pois quando o juiz diz ao réu que não está obrigado a responder às perguntas que lhe forem formuladas, está assegurando o seu direito ao silêncio e de maneira expressa, e que poderá interpretar seu silêncio de acordo com o seu convencimento, juntamente com o montante de provas obtidas.

6 A EXTENSÃO, AMPLITUDE E LIMITAÇÃO DO DIREITO AO SILÊNCIO

Qual seria a intenção do legislador ao inserir tal instituto?

Inicialmente, ver preservado o acusado preso, mas acaba também sendo aplicável para os acusados que respondem ao processo em liberdade.

No caso da prisão em flagrante, onde o acusado, ao ser cientificado durante a lavratura do auto de flagrante, do seu direito constitucional de permanecer calado, optou por exercê-lo, nada do que tiver dito anteriormente, desde o momento da sua detenção, poderá ser usado contra ele na sentença que o julgar, posto que não fora antes, ou seja, no momento da sua prisão, informado daquele direito.

Além do que, as provas obtidas por meio ilícito são, segundo o artigo 5º, inciso LVI, da Constituição Federal, inadmissíveis no processo. Assim, se o acusado preferiu ficar em silêncio, qualquer confissão feita antes da lavratura do auto será ilícita, levando ainda à nulidade da sentença aquela motivação em que ficar evidente que o julgador fundou-se em prova inválida.

De outro vértice, poderia ser aceita a atitude do réu que se diz menor, apenas para ser inimputável? E no caso do réu que fornece identidade falsa para que a autoridade não descubra delitos anteriores deste mesmo? Poderíamos falar na incursão deste acusado no art. 307 do CP, falsa identidade, ou entenderíamos que ele apenas se auto-defendeu?

Na realidade, apesar de o direito ao silêncio aplicar-se tanto para o interrogatório policial ou judicial, além de abranger todas as situações em que o sujeito passivo for posto em condições de ser inquirido, conforme dito alhures, o direito a se calar abrange apenas a fase final do interrogatório (art. 187, § 2º, CPP),

pois quando interrogado acerca de sua qualificação tem o mesmo que responder corretamente (Art. 187, § 1º, CPP).

A autoridade policial deve ter certeza de que a pessoa ali presente é realmente o acusado daquele inquérito ou processo, e para isso é necessário que o interrogado deva responder corretamente às perguntas relativas à sua qualificação, pois estes são atos que não têm relação com os fatos, uma vez que antecedem ao interrogatório, e é neste que se conhecerá o direito da auto-defesa.

Então, importante ressaltar que não podemos confundir o direito ao silêncio assegurado constitucionalmente, com a realização do ato judicial ou procedimental. Da mesma forma é garantido ao policial, em certos casos expressos em lei, buscar coercitivamente o réu ou indiciado para interrogatório (art. 260, CPP), o que não impede que ele possa vir a calar-se por ocasião daquele. Assim, entendemos equivocada a jurisprudência¹ que concedeu direito ao réu de silenciar, eximindo-o da sua presença em Plenário do Júri², ante a garantia do direito ao silêncio na Constituição de 1988.

Existe clara confusão quanto à prática destas garantias assentadas na última Constituição e sem dúvida esta é devido à própria dificuldade de diferenciar as linhas divisórias entre direitos e garantias, havendo mesmo quem diga não haver diferenciação alguma entre eles.

Assim acontece com o direito de defesa, que é em si mesmo um direito declaratório, mas concomitantemente é uma garantia para a efetivação de outros direitos.

¹ STJ, RHC 2.967, 6ª Turma, *in* RT 710/344.

² No caso, se tratava de crime inafiançável, onde o art. 451, do CPP exige a presença do Acusado em Plenário, somente podendo ser julgado à revelia nos crimes afiançáveis.

6.1 Enunciação dos Direitos do Preso e dos Acusados em Geral

Entre inúmeras e válidas inovações trazidas, apresenta a Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, LXII, a ressalva ao direito de silenciar no tocante àquele que vier a ser preso.

A Constituição de 1988 determinou que o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado. O preso, igualmente, tem o direito de saber os motivos de sua prisão, qual a identificação das autoridades ou agentes da autoridade policial que estão efetuando sua privação de liberdade, para que possam ser responsabilizados por eventuais ilegalidades e abusos, além de poder contatar sua família e, eventualmente, seu advogado, indicando o local para onde esteja sendo levado. Além disso, deverá obrigatoriamente ser informado sobre seu direito constitucional de permanecer em silêncio, e que o exercício desse direito não lhe acarretará nenhum prejuízo (art. 5º, incisos XLIX, LXII, LXIII, LXIV, LXV).

O direito de permanecer em silêncio, constitucionalmente consagrado, seguindo orientação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que prevê em seu artigo 8º, § 2º, g, o direito a toda pessoa acusada de delito não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada, apresenta-se como verdadeiro complemento aos princípios do *due process of law* e da ampla defesa, garantindo-se dessa forma ao acusado não só o direito ao silêncio puro, mas também o direito de prestar declarações falsas e inverídicas, sem que por elas possa ser responsabilizado, uma vez que não se conhece em nosso ordenamento jurídico o crime de perjúrio. Além disso, o silêncio do réu no interrogatório jamais poderá ser considerado como confissão ficta, pois o silêncio não pode ser interpretado em desfavor do acusado. Portanto, a cláusula constitucional brasileira mostra-se mais generosa em relação ao silêncio do acusado do que a tradicional previsão do direito norte-americano do *privilege against self-incrimination*, descrita na 5ª Emenda à Constituição, de seguinte teor: “Ninguém poderá ser obrigado em qualquer processo criminal a servir de testemunha contra si mesmo...”, pois essa, embora permita o

silêncio do acusado, não lhe permite fazer declarações falsas e inverídicas, sob pena de responsabilização criminal.

A garantia ao silêncio do acusado foi consagrada no histórico julgamento norte-americano “Miranda v. Arizona”, em 1966, em que a Suprema Corte, por cinco votos contra quatro, afastou a possibilidade de confissão como meio de prova de interrogatório policial quando não precedido da enunciação dos direitos do preso, em especial “você tem o direito de ficar calado”, além de consagrar o direito do acusado em exigir a presença imediata de seu advogado.

Comentando o direito ao silêncio, Antonio Magalhães Gomes Filho (1997, p. 58) , assim se expressa:

o direito à não auto-incriminação constitui uma barreira intransponível ao direito à prova de acusação; sua denegação, sob qualquer disfarce, representará um indesejável retorno às formas mais abomináveis da repressão, comprometendo o caráter ético-político do processo e a própria correção no exercício da função jurisdicional.

Observe-se, contudo, que apesar da consagração ao direito ao silêncio, não existirá inconstitucionalidade no fato de a legislação ordinária prever um benefício legal à confissão voluntária do agente de infração penal. O direito constitucionalmente garantido de o acusado permanecer em silêncio não é afastado pela confissão espontânea do agente, mas é garantido pela discricionariedade que a Carta Magna lhe confere entre confessar ou calar-se. Dessa forma, plenamente possíveis eventuais previsões infraconstitucionais de espécies de delações premiadas ou mesmo atenuantes genéricas, em que a confissão espontânea do agente criminoso, mediante alguns requisitos, propicia a melhora em sua situação penal.

Ao Estado cabe demonstrar que aquele a quem se imputa a prática de fato criminoso foi seu autor, observando sempre que o direito contra a auto-incriminação é central para o nosso sistema penal, em que o réu presume-se inocente até a prova

da culpa. O ônus da prova é do Estado e o réu não necessita apresentar evidências contra si mesmo ou pela sua própria boca.

Em nosso sistema constitucional de hoje, tanto a privacidade como a intimidade, são protegidas pelo art. 5º, X e LXIII, da Carta Magna, pontuando a respeito o Prof. José Afonso da Silva (1990, p. 184) que “*o direito à intimidade é quase sempre considerado como sinônimo de direito à privacidade. Esta é uma terminologia do direito anglo-americano, para designar aquele, mais empregada no direito dos povos latinos.*” De seu lado, ensina a Profª. Ada Pellegrini Grinover (Op. cit.) que o direito à intimidade deve ser lido como integrante dos direitos da personalidade, em múltipla feição, afirmando-se o inserido entre os direitos de primeira geração, suscetível de oposição ao próprio Estado, a quem cabe, de outra parte, garanti-los, pois a Constituição criou uma ordem de valores que encontra seu ponto central na personalidade do homem.

Há de se falar também sobre a indagação se o dever moral de falar a verdade ou o dever de veracidade a que aludiu Carnelutti, bem como o próprio interesse social, não sofrem afronta da norma constitucional possibilitadora do silêncio, que se traduziria, então, em verdadeiro paradoxo.

Desde o princípio pelo Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos aprovado pela ONU, em 16 de dezembro de 1966, afirma-se no art. 14 o direito de o cidadão não ser constrangido a depor contra si mesmo, ou a confessar-se culpado, e até a Convenção Americana sobre Direitos Humanos consubstanciada no Pacto de São José da Costa Rica, no seu art. 8º, II, g, reconhece a qualquer pessoa o “direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada”. Pareça embora que a verdade se constitua em interesse do acusado, no exercício de sua defesa, caracterizando verdadeiro ônus, adverte Ada Pellegrini Grinover, que a idéia de levar-se o silêncio como indício de culpa já não tem suporte a mantê-la, demonstrando que razões imprevisíveis podem induzir ao silêncio o inocente, sendo freqüente esse procedimento para encobrir outras pessoas. E não há dúvidas de que o Juiz não pode fundar seu convencimento em elementos retirados do comportamento processual do réu, daí para o arbítrio o passo é breve.

Ademais, não se pode considerar o silêncio como sinônimo de falta ou ausência de defesa, porque, de parte ser um direito da personalidade, da intimidade do réu, o silêncio pode resolver-se simplesmente no direito de construir desde logo um vetor de defesa, sem compromisso com a palavra, ou com a contradição do indiciado-réu, especialmente, quando não há, ainda, um esboço de prova. Convém lembrar, em acréscimo, não existir em nossa Lei Penal, disposição afirmando constituir-se crime o faltar o acusado com a verdade, ainda que na anterior Constituição inexistisse ressalva validando ou possibilitando o silêncio daqueles. De qualquer forma e sob o prisma do Direito Constitucional brasileiro, novo rumo passou a dever-se adotar a partir de 1988, implicando nova leitura do assunto, no que toca às conclusões a serem extraídas do desejo de o acusado calar-se. Antes mesmo da atual Constituição, haver-se-ia que maximizar, de forma coerente, a moldura das liberdades públicas, garantindo ao cidadão o exato cumprimento do devido processo legal e não se pode perder de vista que se pelo interrogatório o juiz pode tomar conhecimento de notícias e elementos úteis para a descoberta da verdade, não é para essa finalidade que o interrogatório está preordenado. O interrogatório pode constituir fonte de prova. De se acrescentar, ademais, constituir ele meio de defesa, já que por seu intermédio poderá o acusado, se quiser ou for de interesse seu, fornecer elementos que se prestem à formação do juízo acerca da autoria do fato que lhe é imputado ou circunstâncias outras a ele referentes.

Se, como visto, criticado já era o sistema dirigido a valorar-se contrariamente ao acusado seu silêncio, tem-se, com a nova Carta Fundamental como inadmissível considerar-se qualquer consequência contrária ao acusado, na formação do convencimento judicial, por conta de sua opção pelo silêncio, atentando Rogério Lauria Tucci (1993. p. 396), quanto a tal conduta, não poder ela impostar desfavorecimento do imputado, até mesmo porque consistiria inominado absurdo entender-se que o exercício de um direito, expresso na lei das leis como fundamental do indivíduo, possa acarretar-lhe qualquer desvantagem. Decidiu o Colendo Supremo Tribunal Federal que o acusado tem o direito de permanecer em silêncio ao ser interrogado, em virtude do princípio constitucional, não traduzindo esse privilégio auto-incriminação, tem durante o interrogatório direito absoluto, frente ao Estado, de

escusar-se a falar, sem qualquer temor de que isto o desfavoreça ou implique qualquer presunção, por mínima que possa ser, em seu prejuízo.

Descabido se torna, portanto, considerar que a cláusula do silêncio possa ser interpretada à luz do princípio do livre convencimento judicial e mesmo como acréscimo às demais provas produzidas em ação penal, pois e como referido não se constitui o interrogatório em meio de prova e o juiz forma seu livre convencimento única e exclusivamente com base na prova carreada aos autos, obedecendo ao método probatório, como leciona Ada Pellegrini Grinover (Op. cit.), lembrando, ainda, ser necessário que esse convencimento seja motivado, não se prestando, como lógica, a conduta do acusado, ainda que como argumento afirma a certeza necessária ao juiz, pois o acusado, sujeito da defesa, não tem obrigação nem dever de fornecer elementos de prova. Ainda que se quisesse ver o interrogatório como meio de prova só seria em sentido meramente eventual, em face da faculdade do acusado de não responder.

Conclusão diversa conduziria a admitir-se em franca contradição ao direito do acusado e ao preceito constitucional a esse respeito, ser o indivíduo prejudicado pelo exercício de direito a ele conferido, viciado, de maneira clara e portanto, o próprio contraditório e, como conseqüência, o devido processo legal e a presunção da inocência. Não cabe, ademais, admitir-se, à autoridade que o interrogou, adverti-lo sobre eventual conseqüência advinda de seu silêncio, caracterizando a prática, no estágio atual de nosso direito, pressão que se presta a infringir o devido processo legal e o próprio direito de defesa, caracterizando se aferido que o fato causou-lhe constrangimento hábil e a prejudicar-lhe a defesa, por conta daquilo que acabe por dizer e que contrarie seu próprio interesse, tudo dentro da inafastável convicção de que não pode haver pressões ou sanções que limitem o pleno exercício de um direito constitucional.

Portanto e sem motivo a debate há que se afirmar o direito ao silêncio mencionado no art. 5º, LXII, da Constituição Federal, como alcançando não só o instante em que preso o cidadão mas, e também, o inquérito policial e a própria ação penal que contra ele se promova.

Em qualquer hipótese de que se trate, portanto cumpre respeitar o direito de calar de qualquer suspeito ou acusado. Em julgamento da Suprema Corte Norte-Americana diz que o processo legal regular é fundamento principal e indispensável da liberdade individual. É o termo básico e essencial no contrato social que define os direitos dos indivíduos e delimita os poderes que o Estado pode exercer. Como disse o Juiz Frankfurter, “A história da liberdade americana é, em não pequena parte, a história do processo, o processo e, para o direito, o que o método científico é para a ciência”.

Essa opção concedida ao preso, ou indiciado, logo no início da persecução penal, representa, outrossim, por um lado, a preambular conformação da autodefesa, com ou sem a integração da defesa técnica, e, por outro, o reconhecimento de que aquela resulta do exercício de um direito constitucionalmente estabelecido, encartado no de ampla de defesa e particularizado no contraditório. Não se admite que de qualquer forma direta ou dissimulada faça o réu ou imputado confessar obrigatoriamente, e, conseqüentemente, não pode importar desfavorecimento do imputado, até porque consistiria inominado absurdo entender-se que o exercício de um direito, expresso na Lei das Leis como fundamental do indivíduo, possa acarretar-lhe qualquer desvantagem.

Mostra-se discrepante da ordem jurídica constitucional, revelando apego demasiado à forma, decisão que implique a declaração de nulidade de julgamento procedido pelo Tribunal do Júri à mercê de remissão, pelo acusado, do depoimento prestado no primeiro Júri, declarando nada mais ter para acrescentar. Dispensável é a feitura, em si, das perguntas, sendo suficiente a leitura do depoimento outrora colhido. O fato do Juiz da causa ter advertido o paciente de que seu silêncio poderia prejudicá-lo é irrelevante, na medida em que, se calado tivesse ficado, tal situação em nada poderia agravá-lo, sendo o silêncio, hoje, constitucionalmente protegido.

Em suma, tendo sido consagrado constitucionalmente, em nosso País, o direito do imputado de permanecer calado, nenhuma ilação dele poderá ser tirada, representando-se o silêncio como prova negativa da imputação, sem nenhuma repercussão positiva na apuração da responsabilidade penal.

7 GARANTIA DO DIREITO AO SILÊNCIO E A DISPENSA DO INTERROGATÓRIO

A CF/88, consagrou o direito ao silêncio, garantia resultante de antigas reivindicações de sensíveis criminalistas e de processualistas prestigiados e de destaque no contexto dos direitos humanos por uma nova geração de penalistas.

Aliás, como já exposto no capítulo anterior, o reconhecimento doutrinário e jurisprudencial de que o silêncio do acusado é um dos direitos constitucionais, não admite qualquer dúvida a respeito da temática.

E também como já tratado, a garantia não é exclusiva da pessoa presa como poderia ensejar uma interpretação meramente literal do dispositivo. Em se tratando de uma regra processual penal ela admite a interpretação extensiva como expressamente declara o art. 3º do respectivo estatuto. E outra não tem sido a compreensão dos doutrinadores e da magistratura, são inúmeros os precedentes nos quais a garantia do direito de calar é reconhecida em favor dos acusados que estão em liberdade. O silêncio do réu não poderá mais ser interpretado em prejuízo da própria defesa e nem constituirá elemento para a formação do convencimento, favorável ou desfavorável do Juiz.

7.1 Natureza Jurídica do Interrogatório

Além de caracterizar um meio de defesa, o interrogatório é também um meio de prova. Se, por um lado, é um meio de defesa, o advogado constituído poderá praticá-lo através das razões escritas, na defesa prévia ou nas alegações finais; se, por outro, é também um meio de prova, da mesma forma poderá ele ser dispensado posto que prevalece em nosso sistema o princípio segundo o qual ninguém é obrigado a depor contra si.

No interrogatório é necessário por parte do magistrado a advertência quanto ao teor do art.186 do CPP. A falta de aviso quanto a possibilidade de silêncio do réu no seu interrogatório em juízo constitui nulidade relativa, devendo ser argüida no momento oportuno com a demonstração do efetivo prejuízo.

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

Mas em matéria de direito ao silêncio e à informação oportuna dele, a apuração do gravame há de fazer-se a partir do comportamento do réu e da orientação de sua defesa no processo.

O direito à informação oportuna da faculdade de permanecer calado visa a assegurar ao acusado a livre opção entre o silêncio, que faz recair sobre a acusação todo o ônus da prova do crime e de sua responsabilidade, e a intervenção ativa, quando oferece versão dos fatos a se propõe a prová-la. A opção pela intervenção ativa implica abdicação do direito a manter-se calado e das conseqüências da falta de informação oportuna a respeito.

7.2 O Pedido de Dispensa

O interrogatório, à luz da CF/88, é um direito individual disponível do acusado, respeitada a garantia do silêncio. Comprovada 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. Seguem-se os demais atos, com ou sem a presença do acusado que, entanto, não será mais intimado, podendo ter decretada sua revelia, a teor do art. 367, do CPP.

Em se tratando de réu citado por edital, poderá ele, através de defensor constituído, requerer a sua dispensa para o ato de interrogatório. Tal manifestação deverá ser expressa e ajuizada no contexto da defesa prévia ou em petição separada.

A opção manifestada pelo acusado e formalmente transmitida pelo patrono de sua escolha e confiança, de modo algum sacrifica o princípio constitucional da ampla defesa; ao contrário, a revitaliza na medida em que o direito ao silêncio é umas das garantias fundamentais da defesa.

8 O DIREITO CONSTITUCIONAL AO SILÊNCIO E SUAS IMPLICAÇÕES EM FACE DAS COMISSÕES PARLAMENTARES DE INQUÉRITO

Tem repercutido muito a questão relacionada à concessão de *habeas corpus* preventivo pelo Supremo Tribunal Federal para aqueles intimados a comparecer a Comissão Parlamentares de Inquérito, criadas para a investigação de supostas irregularidades no âmbito do Poder Legislativo, de forma a evitar ordem de prisão diante da recusa a responder determinadas perguntas ou a assinar termo de compromisso.

Nesse contexto, cumpre observar que a possibilidade revela-se legítima, eis que compatível com as regras estabelecidas pela Constituição Federal, a qual inseriu, entre os direitos fundamentais, a prerrogativa do silêncio, a teor do disposto no art. 5º, LXIII.

A regra constitucional transcrita deixa clara a intenção de garantir, entre os direitos fundamentais, a impossibilidade de aquele que está sendo preso ser obrigado a produzir provas contra si próprio.

Em outras palavras, o direito ao silêncio é prerrogativa constitucional atribuída aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país, independentemente de estarem sendo submetidos à prisão, respondendo a processos ou a qualquer sorte de acusação.

De toda sorte, sobreleva notar que, em razão da diretriz apontada pelo art. 5º, LXIII, da CF, nossa Suprema Corte tem entendimento consolidado quanto à possibilidade de concessão de *habeas corpus* com o intuito de preservar a liberdade de locomoção daqueles que, invocando o direito ao silêncio, pretendem se esquivar de perguntas as quais possam levar a uma auto-incriminação. O Supremo entende

que qualquer pessoa que preste depoimento em qualquer das esferas do Poder Público pode utilizar-se do direito ao silêncio, para evitar a auto-incriminação. Explica CELSO DE MELLO que o direito ao silêncio enquanto poder jurídico reconhecido a qualquer pessoa relativamente a perguntas cujas respostas possam incriminá-las impede, quando concretamente exercido, que aquele que o invocou venha, por tal específica razão, a ser preso, ou ameaçado de prisão, pelos agentes ou pelas autoridades do Estado (STF, 16.02.2001).

O privilégio contra a auto-incriminação, garantia constitucional, permite ao paciente o exercício do direito ao silêncio, não estando, por essa razão, obrigado a fornecer os padrões vocais necessários a subsidiar prova pericial que entende lhe ser desfavorável.

Ainda é importante observar que essa tendência, já consolidada em nossa Suprema Corte, não incide para aqueles que são intimados a comparecer na qualidade de testemunhas, em razão da possibilidade do seu enquadramento no crime de falso testemunho, pois já se decidiu que o comportamento do réu durante o processo na tentativa de defender-se não pode ser levado em consideração para o efeito de aumento da pena, sendo certo, também, que o réu não está obrigado a dizer a verdade, e que as testemunhas, se mentirosas, devem elas, ser punidas, se for o caso pelo crime de falso testemunho.

O privilégio contra a auto-incriminação que é plenamente invocável perante as Comissões Parlamentares de Inquérito, traduz direito público subjetivo assegurado a qualquer pessoa, que, na condição de testemunha, de indiciado ou de réu, deva prestar depoimento perante órgãos do Poder Legislativo, do Poder Executivo ou do Poder Judiciário. O exercício do direito de permanecer em silêncio não autoriza os órgãos estatais a dispensarem qualquer tratamento que implique restrição à esfera jurídica daquele que regularmente invocou essa prerrogativa fundamental.

O direito ao silêncio, enquanto poder jurídico reconhecido a qualquer pessoa relativamente a perguntas cujas respostas possam incriminá-la impede, quando concretamente exercido, que aquele que invocou venha, por tal específica razão, a ser preso, ou ameaçado de prisão, pelos agentes ou autoridades do Estado.

O direito de permanecer calado, encartado entre os fundamentais do indivíduo, e que se tem, como tal, afirmado desde a 5ª Emenda à constituição Norte-Americana, de 1791, segundo a qual ninguém poderá ser constrangido a depor contra si próprio, é, como tantas outras, importante inovação de nosso ordenamento jurídico, e em nível constitucional.

Consiste, destarte, e ao mesmo tempo, na proteção ao silêncio do imputado, e, por via de conseqüência, contra a sua auto-incriminação.

O preso, durante o ato de prisão e enquanto é encaminhado pelo condutor à presença da autoridade competente, tem o direito subjetivo público de permanecer calado, o que de modo algum ocorrerá durante o interrogatório do acusado, pelo juiz, que tem o poder-dever de informar o interrogado que, embora não obrigado a responder às perguntas que lhe forem formuladas, o seu silêncio não mais poderá ser interpretado em prejuízo da própria defesa diante da nova sistemática que ora se discute. Em direito administrativo, quando inquirido pela Comissão Processante, o indiciado também tem o direito de calar, sem que tal atitude lhe traga o menor prejuízo, deixando as declarações para o advogado, na fase mais ponderada e objetiva da defesa escrita.

Ninguém pode ser tratado como culpado, qualquer que seja a natureza do ilícito penal cuja prática lhe tenha sido atribuída, sem que exista, a esse respeito, decisão judicial condenatória transitada em julgado. O princípio constitucional da não culpabilidade, em nosso sistema jurídico, consagra uma regra de tratamento que impede o Poder Público de agir e de se comportar, em relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao réu, como se estes já houvessem sido condenados definitivamente por decisão do Poder Judiciário.

Conclui-se, portanto, que a inclusão do direito ao silêncio em nossa constituição representa importante conquista, voltada a combater desmandos muitas vezes praticados por autoridades que não têm pudor de utilizar métodos questionáveis para a apuração de fatos, prática comum em períodos ditatoriais, mas que não se compatibiliza com um Estado Democrático de Direito.

CONCLUSÃO

Modernamente, vimos a instituição dos direitos fundamentais do homem, exprimindo situações jurídicas, tanto objetivas quanto subjetivas, e sendo positivadas em nome da dignidade e liberdade da pessoa humana.

Uma vez definidos estes direitos fundamentais, devem ser estabelecidas garantias que lhes correspondam, tutelando-os e preservando-os, fazendo com que aquele direito se torne efetivo por meio do processo.

O direito ao silêncio busca a liberdade assegurada pelo direito de defesa, inerente aos sistemas processuais acusatórios, e busca também a garantia a ele correspondente como meio assegurador da sua plenitude com todos os meios e recursos que lhe sejam inerentes.

A Lei Maior não só concebe a garantia de defesa, mas exige que ela se torne efetiva e ampla.

Neste contexto, o direito ao silêncio garante ao indivíduo o direito de manter-se calado, pois ninguém é obrigado a emitir informações que, talvez por causa da própria situação constrangedora, de estar sendo preso, ou por estar sendo intimado a um interrogatório, possam vir a trazer-lhe prejuízo. Diante disso os artigos 186 e 198 do CPP (já comentados anteriormente), foram atacados pela nova Constituição em seu artigo 5º, LXIII e pela Convenção Americana, artigo 8º, inciso 2. Permanecem portanto aqueles em vigor, pois como referido anteriormente, não há afronta ao princípio da presunção de inocência, afinal a postura do réu é valorada apenas ao final, juntamente com todos os outros elementos constantes nos autos.

O status constitucional conferido às normas de proteção e garantia de direitos fundamentais faz delas normas materialmente constitucionais, oponíveis às normas infraconstitucionais, podendo revogar a legislação infraconstitucional anterior.

Portanto, os integrantes da relação processual, juiz, promotor e defensor, têm que estar cientes da importância dessas formalidades de natureza constitucional e das conseqüências jurídicas do seu descumprimento, não só em relação ao direito contido no artigo 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal, mas a todos aqueles direitos e garantias enunciados em nossa Magna Carta.

É preciso sopesar os resultados obtidos pelo sistema processual vigente no país e, então, buscar-se o equilíbrio entre a melhoria da eficácia da Ciência Criminal (em sentido amplo, onde abranja os fins do Direito Penal e o caráter instrumental do Direito Processual Penal) e a essencial afirmação dos princípios que garantem os direitos fundamentais do homem, através de uma ampla reformulação da legislação.

Por tais circunstâncias, nos dias de hoje torna-se impensável a possibilidade da auto-incriminação diante da opção de calar-se o acusado ante seu interrogatório pela autoridade judicial ou administrativa, estando este solto ou submetido a prisão cautelar. O direito ao silêncio, além de consagrado por ordenações de outros países, tem respaldo em importantes tratados internacionais, o que o eleva a categoria de garantia internacional.

No direito brasileiro, em que pesem as referências trazidas pela Lei Processual Penal pátria, aos eventuais prejuízos decorrentes do não pronunciamento do acusado, os artigos que disciplinam tais condições perderam sua força, seja em função da nova redação conferida ao artigo 186, do CPP, pela Lei 10.792/03, seja, principalmente, pela garantia trazida pela Constituição Federal de 1988 no sentido de conferir expressamente ao acusado o direito ao silêncio. Tal garantia elevou o silêncio à categoria de direito subjetivo público, constituindo-se principalmente como meio de defesa e não elemento probatório. A sua interpretação meramente como meio de prova, excluídos os argumentos aqui demonstrados, leva mesmo nos dias atuais alguns doutrinadores e parte da jurisprudência a interpretar o silêncio em prejuízo do acusado, pretendendo responsabilizá-lo, ou melhor, promover-lhe a efetiva auto-incriminação, comportamento em absoluto confronto com a atual conjuntura constitucional e jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal. A Constituição brasileira assegura o silêncio promovendo o acusado à condição de

sujeito da defesa, não meio de prova, daí porque não pode a autoridade judiciária obrigar o réu a falar a verdade, quando lhe são conferidas tamanhas garantias à não auto-incriminação visando, precipuamente, à adequada manutenção do Estado Democrático de Direito, na medida em que se impedem abusos para que se extraiam confissões, não só praticados desde os mais remotos casos judiciais, mas também nos dias de hoje.

O privilégio contra a auto-incriminação traduz direito público subjetivo, de estatura constitucional, assegurado a qualquer indiciado ou imputado pelo art. 5º, inciso LXIII, da nossa Carta Política. Esse direito é plenamente oponível ao Estado e aos seus agentes. Atua como poderoso fator de limitação das próprias atividades persecutórias desenvolvidas, na esfera penal, pelo Poder Público (Polícia Judiciária, Ministério Público, Juízes e Tribunais).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBIERO, Louri Geraldo. *O direito constitucional do réu ao silêncio e suas conseqüências*. Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros, Cidadania e Justiça – Direitos humanos: 50 anos depois, Rio de Janeiro: AMB, n. 5, ano 2, 1998.

BECCARIA, Cèsare. *Dei delliti e delle penne*, traduzido por E. Venturini, Turim, Einaudi, 1965.

BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico*, Ícone ed. São Paulo, 1995.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2001. Capítulo introdutório.

CRETELLA JUNIOR, José. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, 2.ed. São Paulo, Forense. 1990.

DIAS NETO, Theodomiro. *O direito ao Silêncio : tratamento nos direitos alemão e norte-americano*, RBCCrim, São Paulo, Ed. RT, n. 19, 1997.

FERRAJÓLI, Luigi. *Derecho y razón- teoría Del garantismo penal*, 2ª ed. trad de Perfecto Andrés Ibañez e outros, Trotta, 1997.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1992.

FIRESIDE, Harvey. *The Fifth Amendment- The Right to remain silent*. New Jersey: Enslow Publishers, 1998.

GARCIA, Maria. *Desobediência civil- Direito fundamental*. São Paulo: Ed. RT, 1994. *O devido processo legal e o direito de permanecer calado. A tortura*, Cadernos de Direito Constitucional e ciência Política, São Paulo: Ed. RT, n. 20, 1997.

GIGLIO, Auro Del. *Iniciação ao Talmud*. São Paulo: Sêfer, 2000.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: Ed. RT, 1997.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades públicas e processo penal – O processo em sua unidade*. São Paulo: Saraiva, 1978.

_____. *As Garantias Constitucionais do Processo – Novas tendências do direito processual*, Rio de Janeiro: Forense. Universitária. 1990.

HELMHOZ, R. H.; GRAY, Charles M.; LANGBEIN, John H. et al. *The privilege against self- incrimination - its origins and development*. Chicago: The University of Chicago Press:, 1997.

LEVY, Leonard W. *Origins of the Fifth Amendment – The right against self- incrimination*. Chicago: Ivan R. Dee, 1999.

MARQUES, José Frederico, *Tratado de direito processual penal*. São Paulo: Saraiva, 1980.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; BASTOS, Celso. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1989. 2. vol.

MIRABETE, Julio Fabrini. *Código de Processo Penal interpretado*. 3.ed. São Paulo: Atlas, 1995.

MORAES, Maurício Zanoide. *Direito ao silêncio no interrogatório*. RBCCrim, São Paulo: Ed. RT, n. 6, 1994.

MORAES. Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada*. São Paulo. Atlas. 2002.

NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal*. 19, ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1981. vol.I.

NUCCI, Guilherme de Souza. *O valor da confissão como meio de prova no processo penal*. 2. ed. São Paulo: Ed. RT. 1998.

ROSSETO, Enio Luiz. *A confissão no processo penal*. São Paulo: Atlas, 2001.

SCARANCA FERNANDES, Antonio. *Processo Penal Constitucional*. São Paulo: RT. 1999.

_____. GRINOVER, Ada Pellegrini e GOMES FILHO, Magalhães, Antonio. *As nulidades do processo penal*, 6ª ed. São Paulo. RT, 1997.

SUANNES, Adauto. *Os fundamentos éticos do devido processo penal*. São Paulo: Ed., RT, 1999.

SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. Tese. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 1993.

JURISPRUDÊNCIA SELECIONADA

STF - Pleno - HC nº 78.814-9/PR- Medida Liminar- Rel. Min. Celso de Melo, Diário da Justiça, Seção I, 8 fev.1999. Não se pode perder de perspectiva, neste ponto, que a nova Constituição da República, ao delinear o estatuto das liberdades públicas referentes às pessoas sujeitas à ação persecutória do Estado, outorgou-lhe prerrogativa de inquestionável importância, consiste no reconhecimento do direito de permanecerem em silêncio, qualquer que seja a autoridade estatal perante a qual devam comparecer. Trata-se de direito público subjetivo, revestido de expressiva significação político-jurídica, que impõe limites bem definidos à própria atividade persecutória exercida pelo Estado. Essa prerrogativa jurídica, na realidade, institui um círculo de imunidade que confere, tanto ao indiciado quanto ao próprio acusado, proteção efetiva contra a ação eventualmente arbitrária do poder estatal e de seus agentes oficiais. O interrogatório judicial, para ser validamente efetivado, deve ser precedido da regular cientificação dirigida ao réu de que este tem o direito de permanecer em silêncio, não estando obrigado a responder às perguntas que lhe forem formuladas e nem podendo resultar-lhe, do exercício legítimo dessa prerrogativa, qualquer restrição de ordem jurídica no plano de persecução penal contra ele instaurada.

HABEAS CORPUS N. 83.648-8 PROCED.: DISTRITO FEDERAL RELATOR : MIN. CELSO DE MELLO COATOR(A/S) (ES): PRESIDENTE DA COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO DA CÂMARA DOS DEPUTADOS - CPI DOS COMBUSTÍVEIS Julgamento 03/12/2003 DJ 11/12/2003 P - 00013
DECISÃO: A presente ação de "habeas corpus" foi ajuizada com o intuito de impedir que o ora paciente - ao invocar, perante a CPI dos Combustíveis (Câmara dos Deputados), a prerrogativa contra a auto-incriminação, não obstante convocado "na qualidade de testemunha" (fls. 10) - viesse a sofrer, por parte desse órgão de investigação parlamentar e em função do exercício do direito ao silêncio, qualquer

injusto constrangimento em seu "status libertatis". O pedido de medida liminar foi por mim deferido a fls. 76/81. Observo, no entanto, que já não mais subsiste a alegada situação invocada pelo ilustre impetrante, eis que os trabalhos da referida Comissão Parlamentar de Inquérito foram encerrados em 29/10/2003, como evidencia o sistema de acompanhamento constante da página oficial que a Câmara dos Deputados mantém na Internet. A ocorrência desse fato assume relevo processual, eis que faz instaurar, na espécie, situação de prejudicialidade, apta a gerar a extinção deste processo de habeas corpus, em face da superveniente perda de seu objeto. Sendo assim, julgo extinto este processo de habeas corpus. Arquivem-se os presentes autos. Publique-se. Brasília, 03 de dezembro de 2003. Ministro CELSO DE MELLO Relator.

HABEAS CORPUS 89.269-8 DISTRITO FEDERAL PACIENTE(S): LIBÂNIA CATARINA FERNANDES COSTA – COATOR(A/S)(ES): COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO DESTINADA A "INVESTIGAR AS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS DO TRÁFICO DE ARMAS" (CPI - TRÁFICO DE ARMAS)

1. Cuida-se de habeas corpus em que se aponta como autoridade coatora a Comissão Parlamentar de Inquérito destinada a investigar as Organizações Criminosas e o Tráfico de Armas (fl. 02).

Segundo informa a peça inicial, o "presente mandamus visa garantir à paciente o direito ao silêncio no próximo dia 12 de julho, às 14 horas, pois foi convocada a prestar depoimento na qualidade de testemunha à Egrégia Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI - Tráfico de Armas), consoante documento anexo" (fl. 03).

Sustenta-se que a paciente "foi convocada pela CPI - Tráfico de Armas, pois está envolvida, segundo o Ministério Público Paulista, com a facção criminosa denominada Primeiro Comando da Capital - PCC" (fl. 05), tendo sido denunciada em processo criminal perante a 13ª Vara Criminal da Comarca de São Paulo/SP, com interrogatório judicial já designado.

Alega-se, ainda, que, "em sendo convocada pela Egrégia CPI - Tráfico de Armas, na condição de testemunha, poderá fazer prova contra si se assim for inquirida, fato que

vilipendia o mandamento constitucional insculpido no artigo 5º, inciso LXIII, já que nemo tenetur se detegere, pois ninguém está obrigado a se auto-incriminar" (fl. 05). Postulam os impetrantes a concessão de liminar "a fim de cessar a iminente coação ilegal que sofrerá a paciente Libânia Catarina Fernandes Costa, determinando-se, desde já, a expedição de salvo conduto, à guisa de garantir-lhe, perante seu depoimento à egrégia CPI - Tráfico de Armas, o direito ao silêncio" (fl. 09).

2. Os autos noticiam que a paciente figura como ré em processo criminal destinado a apurar a prática dos delitos tipificados no art. 288, parágrafo único, art. 354 (vinte vezes), 163, III (três vezes), 148, § 2º (vinte vezes), combinados com o art. 69, todos do Código Penal (fls. 28 e 36). Tudo indica, portanto, que a Sra. Libânia Catarina Fernandes Costa prestará declarações na qualidade de investigada, e não como testemunha.

O entendimento desta Corte a respeito do tema posto neste habeas corpus é no sentido de que as Comissões Parlamentares de Inquérito detêm o poder instrutório das autoridades judiciais - e não mais que o destas. Logo, às Comissões Parlamentares de Inquérito poder-se-ão opor os mesmos limites formais e substanciais oponíveis aos juízes, entre os quais os derivados da garantia constitucional da não-auto-incriminação, que tem sua manifestação mais eloqüente no direito ao silêncio dos acusados (HC 79.812, rel. Min. Celso de Mello; HC 79.244, rel. Min. Sepúlveda Pertence; HC 84.335, rel. Min. Ellen Gracie; HC 83.775, rel. Min. Joaquim Barbosa; HC 85.836, rel. Min. Carlos Velloso).

3. Diante do exposto, defiro a liminar para que a paciente seja dispensada de firmar termo de compromisso legal de testemunha, ficando-lhe assegurado o direito de se calar sempre que a resposta à pergunta, a critério dela, paciente, ou de seu advogado, possa atingir a garantia constitucional de não-auto-incriminação. Comunique-se com urgência. Expeça-se salvo-conduto.

Publique-se.

Brasília, 11 de julho de 2006.

Ministra Ellen Gracie

Presidente

(RISTF, art. 13, VIII)"

HABEAS CORPUS. Interrogatório judicial. Ausência de advogado. Validade. Princípio do contraditório. Inaplicabilidade. Persecução penal e liberdades públicas. Direitos públicos subjetivos do indiciado e do réu. Privilégio contra a auto-incriminação.

Constrangimento ilegal não caracterizado. Pedido indeferido. A superveniência da nova ordem constitucional não desqualificou o interrogatório como ato pessoal do magistrado processante e nem impôs ao Estado o dever de assegurar, quando da efetivação desse ato processual, a presença de defensor técnico. A ausência do advogado no interrogatório judicial do acusado não infirma a validade jurídica desse ato processual. A legislação processual penal, ao disciplinar a realização do interrogatório judicial, não torna obrigatória, em consequência, a presença do defensor do acusado. O interrogatório judicial não está sujeito ao princípio do contraditório. Subsiste, em consequência, a vedação legal – igualmente extensível ao órgão da acusação –, que impede o defensor do acusado de intervir ou de influir na formulação das perguntas e na enunciação das respostas. A norma inscrita no artigo 187 do Código de Processo Penal foi integralmente recebida pela nova ordem constitucional. Qualquer indivíduo que figure como objeto de procedimentos investigatórios policiais ou que ostente, em juízo penal, a condição jurídica de imputado, tem, dentre as várias prerrogativas que lhe são constitucionalmente asseguradas, o direito de permanecer calado. *Nemo tenetur se detegere*. Ninguém pode ser constrangido a confessar a prática de um ilícito penal. O direito de permanecer em silêncio insere-se no alcance concreto da cláusula constitucional do devido processo legal, e nesse direito ao silêncio inclui-se até mesmo por implicitude, a prerrogativa processual de o acusado negar, ainda que falsamente, perante a autoridade policial ou judiciária, a prática da infração penal. (STJ – HC n. 68929/SP – 1ª T. – v. u. – 22.10.91 – rel. Min. Celso de Mello) *DJU*, de 28.8.92, p. 13.453.RHC.

CONSTITUCIONAL. Processual Penal. Indiciado. Acusado. Silêncio. O indiciado, ou o acusado não pode ser compelido a trazer elementos para a sua condenação. Tem o direito a "permanecer calado". (CF, art. 5º, LXIII). (STJ – RHC n. 6.756/SP – 6ª T. –

v. u. – 20.10.97 – rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro). *DJU*, de 15.12.97, p. 66.571. Processo Penal. Inépcia da denúncia. Nulidade do interrogatório. Desmembramento da ação penal.

I - Atendidos os requisitos do artigo 41 do CPP, e inexistindo prejuízo para a defesa, não é inepta a denúncia.

II - O fato do juiz da causa ter advertido o paciente de que seu silêncio poderia prejudicá-lo, é irrelevante, na medida em que, se calado tivesse ele ficado, tal situação em nada poderia agravá-lo, sendo o silêncio, hoje, constitucionalmente protegido. No entanto, tendo prestado depoimento, deveria o impetrante indicar, objetivamente, qual o prejuízo decorrente de seu interrogatório, o que não o fez, impondo-se, ao caso, aplicar-se a máxima – *pas de nullité, sans grief*.

III - Presentes os pressupostos do artigo 80 do CPP, inexistente ilegalidade no desmembramento da ação penal.

IV - Ordem indeferida. (STJ – HC n. 2.571/SP – 6ª T. – v. u. – 24.5.94 – rel. Min. Pedro Acioli) *DJU*, de 13.6.94, p. 15.120.

SILÊNCIO. Direito. Garantia constitucional. Informação ao acusado. Informação do direito ao silêncio (CF, art. 5º, LXIII): relevância, momento de exigibilidade, conseqüências da omissão: elisão, no caso, pelo comportamento processual do acusado. I - O direito à informação da faculdade de manter-se silente ganhou dignidade constitucional, porque instrumento insubstituível da eficácia real da vetusta garantia contra a auto-incriminação que a persistência planetária dos abusos policiais não deixa perder atualidade. II - Em princípio, ao invés de constituir desprezível irregularidade, a omissão do dever de informação ao preso dos seus direitos, no momento adequado, gera efetivamente a nulidade e impõe a desconsideração de todas as informações incriminatórias dele anteriormente obtidas, assim como das provas delas derivadas. III - Mas, em matéria de direito ao silêncio e à informação oportuna dele, a apuração do gravame há de fazer-se a partir do comportamento do réu e da orientação de sua defesa no processo: o direito à informação oportuna da faculdade de permanecer calado visa a assegurar ao acusado a livre opção entre o silêncio – que faz recair sobre a acusação todo o ônus da prova do crime e de sua

responsabilidade – e a intervenção ativa, quando oferece versão dos fatos e se propõe a prová-la: a opção pela intervenção ativa implica abdicação do direito a manter-se calado e das conseqüências da falta de informação oportuna a respeito. (STF – HC n. 78.708/SP – 1ª T. – v. u. – 9.3.99 – rel. Min. Sepúlveda Pertence – *DJU*, de 16.4.99, p. 8.)