

FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**O DIREITO FUNDAMENTAL DO ACUSADO DE PERMANECER EM
SILÊNCIO**

Ana Beatriz Iwaki Soares de Mello

Presidente Prudente/SP

2007

FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**O DIREITO FUNDAMENTAL DO ACUSADO DE PERMANECER EM
SILÊNCIO**

Ana Beatriz Iwaki Soares de Mello

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação da Professora Vera Lúcia Toledo Pereira de Gois Campos.

Presidente Prudente/SP

2007

O DIREITO FUNDAMENTAL DO ACUSADO DE PERMANECER EM SILÊNCIO

Monografia aprovada como requisito parcial para a obtenção do Grau de Bacharel em Direito.

Vera Lúcia Toledo Pereira de Góis Campos
Orientadora

Examinador

Examinador

Presidente Prudente, _____2007.

Arrependo-me muitas vezes de ter falado;
nunca de ter silenciado.

Ciro

Dedico este trabalho aos meus pais, Raul e Leny, como forma de agradecimento por tudo que fizeram para que fosse possível a realização deste. Amo vocês.

À minha querida Tia Diva, por sempre torcer e acreditar em mim.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, primeiramente, a Deus pelo dom da vida e por ter me colocado em uma família tão especial.

Ao meu querido pai e mestre, que sei que, onde ele estiver estará comigo e me ajudando. Sei que por ser ele uma pessoa muito boa Deus o levou para junto dele, mas saiba que sinto muito a sua falta e que eu o amo demais.

À minha mãe por estar sempre do meu lado e por ser simplesmente a melhor mãe do mundo.

Aos meus irmãos, Raulzinho e Silvia, por serem os melhores irmãos que Deus poderia ter me enviado.

Aos meus segundos pais, Sérgio e Denise, pelo carinho e apoio em todos os momentos da minha vida.

A minha querida Orientadora, Dra. Vera Lúcia Toledo Pereira de Góis Campos, pela amizade, ensinamento e colaboração.

Aos meus amigos da faculdade, pessoas especiais para mim, vocês estarão guardados no meu coração por toda vida, obrigada por tudo.

Aos meus colegas de estágio, especialmente, a Dra. Christiane Abbud, pela atenção, ao Dr. Hélio Martinez, pela sabedoria e ao Dr. Leonardo Yuji Sugui, pela solidariedade.

Aos meus tios, principalmente, as minhas tias Diva e Vera, pelas palavras de carinho e por sempre acreditarem nos meus ideais e aos meus primos, pelo otimismo.

Ao professor, Dr. Jurandir José dos Santos, por ter me disponibilizado material e principalmente atenção.

Finalmente, muito obrigada a todos que torceram e acreditaram em mim.

RESUMO

Enfoca-se neste trabalho a importância do direito ao silêncio, assegurado pela Carta Magna, constante do título dos direitos e garantias fundamentais. A princípio, assinala-se que os direitos fundamentais emergem do Estado Constitucional como instrumento de reação às principais ameaças que circundam o homem. Nesse sentido, retratam dupla perspectiva, ou seja, podem ser tidos como direitos subjetivos individuais e como elementos objetivos fundamentais da coletividade. Das considerações tecidas, depreende-se que, no ordenamento pátrio, a esfera de atuação das entidades estatais foi delimitada, sendo que qualquer indivíduo que esteja sob procedimento investigatório e/ou acusatório tem, dentre outras prerrogativas, o direito de permanecer calado. Trata-se de direito consagrado constitucionalmente, autêntica extensão do devido processo legal e da ampla defesa, garantindo-se ao acusado, além do direito de permanecer calado, que seu “silêncio” não será interpretado em prejuízo da defesa e nem constituirá elemento para formação do convencimento do magistrado. O direito em tela, também assegura a faculdade de prestar declarações falsas e inverídicas, sem que por elas possa ser responsabilizado. Destaca-se, ainda, o princípio *nemo tenetur se detegere*, um dos pilares do direito de punir, que assegura ao acusado o direito de não produzir provas contra si mesmo. Assevera-se que a tendência é assegurar o direito ao silêncio e garantir sua interpretação extensiva de forma a coibir qualquer tentativa de repercussão positiva na apuração da responsabilidade penal.

Palavras-chave: Direito de punir. Devido processo legal. Ampla defesa. Contraditório. Direito fundamental. Silêncio. Interrogatório. Auto-acusação.

ABSTRACT

This work focus on right to silent importance, assured by Magna Letter, constant in fundamental rights and warranties title. On principle, it is assigned that the fundamental rights emerge from Constitutional State as an instrument to react to main threat around men. In this mean, they retract double perspective, that is, can be subject individual rights and as fundamental objective elements of the collectivity. From the considerations made results that in the patriotic ordainment, the state entities action sphere was delimited, and any individual which is under investigative procedure and/or prosecution has, between other prerogatives, the right to be quiet. It is a constitutional right, an authentic extension of the due process of law and legal defense, guaranteeing to the charged, beyond the right to be silent, that his silence will not be interpreted in his defense prejudice, and will not constitute element to the magistrate convincement formation. The right in case also assures the faculty to give false and non veridical declarations, without been responsible for them. It also detaches the *nemo tenetur se detegere* principle, one of the pillars of the punishment right, which assures to the charged the right to do not make evidence against itself. Asserts that the tendency is to assure the right to silence and guarantee the extensive interpretation in a way to prohibit any attempt to positive repercussion in criminal responsibility finding.

Keywords: Punishment right. Due process of law. Legal defense. Adversary. Fundamental right. Silence. Interrogatory. Self-accusation.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	09
2 DIREITO DE PUNIR	11
2.1 Prerrogativas do <i>jus puniendi</i>	11
2.2 Devido Processo Legal.....	12
2.2.1 Ampla defesa e contraditório.....	14
2.2.2 O direito ao silêncio.....	18
3 O DIREITO À TUTELA EFETIVA NA PERSPECTIVA DA TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	19
3.1 Noção de Direito Fundamental.....	19
3.2 Direitos Fundamentais e Constituição.....	21
3.3 As Perspectivas Objetivas e Subjetivas dos Direitos Fundamentais.....	23
3.4 A Aplicabilidade do Direito Fundamental e a Tutela Jurídica Efetiva.....	25
4 O DIREITO AO SILÊNCIO	27
4.1 Considerações Iniciais.....	27
4.2 Origem e Conceito do Instituto.....	27
4.3 Evolução Histórica.....	29
4.4 O Direito ao Silêncio na Carta Magna e no STF.....	33
5 O DIREITO CONSTITUCIONAL AO SILÊNCIO E SUAS IMPLICAÇÕES NAS CPI – COMISSÕES PARLAMENTARES DE INQUÉRITO	36
5.1 As CPI's e os Poderes de Investigação.....	36
5.2 O Direito de não se Auto-Incriminar e o Direito ao Silêncio nas CPI's.....	39
6 DIREITO AO SILÊNCIO E O INTERROGATÓRIO	41
6.1 Conceito, Natureza e Aspectos Legais do Interrogatório.....	41
6.2 O Pedido de Dispensa.....	44
6.3 Auto-Acusação.....	46
7 CONCLUSÃO	48
BIBLIOGRAFIA	50

1 INTRODUÇÃO

Antes de se adentrar nos diversos matizes que compõem o direito ao silêncio, há que se assinalar sua posição hierárquica de norma constitucional positivada no rol dos direitos e garantias fundamentais do cidadão.

A Carta Fundamental traz em seu bojo diversos aspectos do devido processo legal, tornando efetiva a tutela de direitos substanciais, coibindo que o gozo dos mesmos seja arbitrariamente restringido.

O direito de defesa vigora em toda a sua plenitude e compreende, não somente o conhecimento prévio da acusação, mas, essencialmente, o direito do acusado de se entrevistar com o Estado-juiz.

A faculdade que o acusado tem de silenciar tem patamar constitucional e se insere dentre as garantias do devido processo legal.

Seguindo esse quadro de idéias, o acusado pode até mentir, sem que isso lhe traga quaisquer conseqüências. Quem bem elucida essa questão é Ada Pellegrini Grinover (1978, p.111) ao dispor que o único prejuízo que do silêncio pode advir ao réu é o de não utilizar a faculdade de autodefesa que se lhe abre durante o interrogatório.

A prerrogativa do acusado de “permanecer silente” deriva do direito de não se auto-incriminar. Sendo assim, a máxima “quem cala consente” não se aplica em sede de processo penal.

Por todo a névoa que encobre ao assunto; pelo desrespeito ao direito do acusado de permanecer em silêncio durante a fase inquisitiva e durante a fase processual; pelo entendimento, a nosso ver, errôneo de alguns operadores do direito quanto à garantia constitucional ao silêncio, é que se deveu a escolha do presente tema.

Com o intuito de elucidar os pontos “nebulosos” e polêmicos, procurando trazer à lume os vários entendimentos doutrinários e jurisprudenciais, a autora do presente trabalho aborda, no decorrer deste, primeiramente o Direito de Punir que o Estado detém, em contrapartida com o direito do acusado à ampla

defesa, ao contraditório, ao devido processo legal e, conseqüentemente, ao silêncio, caso assim o deseje.

Em seguida, são levantados e discutidos os direitos fundamentais, garantidos constitucionalmente e suas perspectivas objetivas e subjetivas para, então, analisar-se a aplicabilidade desses direitos na tutela penal.

Nos dois tópicos seguintes do trabalho, procurou-se discorrer sobre o direito ao silêncio, sua origem, conceito e evolução histórica, bem como suas implicações nas Comissões Parlamentares de Inquérito.

Finalmente, no último tópico, a autora analisou o conceito, a natureza e os aspectos legais do interrogatório frente ao direito ao silêncio e a prerrogativa que tem o acusado de não se auto-incriminar.

O material utilizado para a pesquisa foram livros, jurisprudências e artigos publicados em revistas jurídicas. Quanto ao método utilizado, pode-se dizer que o mesmo foi o método dedutivo, juntamente com o método comparativo, pois, ao término do presente trabalho, verifica-se que houve uma comparação entre o direito ao silêncio e os demais direitos fundamentais garantidos pela Carta Magna.

2 DIREITO DE PUNIR

2.1 Prerrogativas do *Jus Puniend*

Todo homem é um ser social por natureza; tende a se relacionar e traz enraizado em si valores referentes ao certo e ao errado, ao justo e ao injusto.

Logo, todo homem traz em si mesmo um juiz: sua própria consciência, que lhe impõe concepções da realidade, condicionando, assim, seu próprio comportamento.

Coletivamente a liberdade descomedida certamente conduziria ao caos, vez que são variáveis os valores e parâmetros individuais.

Assim, nasce o Estado, responsável pela garantia da ordem pública.

Dentre as suas atribuições o Estado deve manter a harmonia e o equilíbrio social, regrido a conduta humana.

Aponta Heráclito Antônio Mossin (1998, p.74) que:

Excluída a vingança privada, a sanção penal é hoje monopólio do Estado, já que o direito penal tem função precipuamente pública. Diante disso, somente o Estado tem o direito público subjetivo de punir, como uma das expressões mais características de sua soberania, a qual se superpõe, indefectivelmente, aos interesses de seus administrados, os quais política e juridicamente a ele se subordina, respeitado, como é de evidência solar, os direitos e garantias individuais, que são princípios básicos pertencentes a todo o cidadão.

Então, excluída a possibilidade de vingança privada, o Estado passa a ter a prerrogativa de punir. Entretanto, o *jus puniendi*, por encontrar barreiras na esfera do *status dignitatis* do cidadão, não pode ser aplicado discricionariamente.

Assim como a punição do autor da lesão social representa uma justa reação do Estado, o *jus puniendi* é auto-limitado pelo próprio Estado. Dessa forma, o

respeito à dignidade humana e à liberdade individual retratam a existência de barreiras ao *jus puniendi*.

O Estado somente poderá infligir pena ao violador da norma penal após comprovação de sua responsabilidade e mediante decisão do órgão jurisdicional.

Sendo o Estado o titular do direito de punir e o garantidor do bem-estar social, que é a maior das suas finalidades, quando alguém comete uma infração penal, não é vontade dele apenar o criminoso, mas, simplesmente, desejar que o Juiz aprecie aquele fato e diga se o seu autor merece, ou não, ser punido.

2.2 Devido Processo Legal

O Estado regula as relações intersubjetivas mediante atividade legislativa, quando, segundo a consciência dominante, estabelece normas, que devem reger as mais variadas relações, e mediante a jurisdição, quando procura dar realização prática às normas.

De acordo com Antônio Cintra, Ada Pellegrini e Cândido Dinamarco (2004, p.82):

Entende-se, com essa fórmula, o conjunto de garantias constitucionais que, de um lado, asseguram às partes o exercício de suas faculdades e poderes processuais e, do 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.

Sendo assim, a jurisdição é uma função do Estado, monopólio estatal; é, ao mesmo tempo, poder, função e atividade.

Como poder é a manifestação da própria soberania, exercida pelos órgãos estatais competentes. Como função, expressa o encargo que têm os órgãos estatais de promover a realização do direito, mediante o processo. E, como

atividade, consubstancia-se na movimentação do juiz no processo, exercendo o poder e cumprindo a função que a lei lhe compete.

Exercendo a jurisdição, o Estado substitui as atividades dos que estão envolvidos no conflito de interesses que lhe é trazido à apreciação.

Ao criar a jurisdição, o Estado procurou garantir que as normas de direito substancial contidas no ordenamento jurídico fossem dotadas de efeitos práticos. Mediante o exercício da função jurisdicional, o Estado procura fazer com que se atinjam, em cada caso concreto, os objetivos das normas de direito substancial. O escopo da jurisdição é a realização do direito objetivo material.

Hoje esse princípio está fixado na Constituição Federal, no artigo 5º, inciso LVI: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

O texto constitucional, por motivos bem conhecidos, entre os quais o propósito de conferir efetiva e especial proteção a todos os interesses envolvidos na persecução penal, com destaque para a tutela da liberdade pessoal, foi generoso na alusão a diversos aspectos do devido processo legal.

Entende-se que tal princípio é uma cláusula aberta, indeterminada, mas não vazia de conteúdo, dela defluindo vários princípios que a jurisprudência, atendendo a sua origem, evolução e finalidade, vai reconhecendo e aplicando aos casos concretos. Mais do que uma simples regra de obediência à lei processual para a aplicação de sanções, a cláusula do devido processo legal abriga dois pontos principais. É, por um lado, o recurso extremo ao qual o Poder Judiciário pode recorrer para tornar ilegais atividades de outros ramos do governo, e com o qual pode, de outra parte, estabelecer a sua supremacia também no campo político; vale dizer, põe nas mãos dos juízes o controle da política legislativa. Por outro lado, não se limita à determinação processual, senão que se estende também à garantia de direitos substanciais, impedindo, por conseguinte, que o gozo desses últimos seja restringido de modo arbitrário ou desarrazoado.

Ensina Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino (2003, p.122):

Em sua feição principal, o princípio do devido processo legal deve ser entendido com garantia material, ou substantiva de proteção ao direito de liberdade do indivíduo, mas também é garantia de índole formal, aplicável a

qualquer processo restritivo de direito. Significa dizer que deve ser assegurada ao indivíduo uma paridade total de condições em face do Estado, quando este intentar restringir a liberdade ou o direito aos bens jurídicos constitucionalmente protegidos daquele.

O devido processo está consubstanciado numa série de garantias das partes e do próprio processo, tais como: a presunção de inocência, o duplo grau de jurisdição, a publicidade, o juiz natural, a proibição da *reformatio in pejus*, o respeito à coisa julgada, a retroatividade da lei penal benigna, a dignidade humana, a integridade física, a liberdade, a igualdade, a ampla defesa e o contraditório.

2.2.1 Ampla defesa e contraditório

Ampla defesa e contraditório são direitos do cidadão contra a possibilidade de arbítrio judicial.

Segundo Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino (2003, p. 128):

As garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa são indissociáveis, caminhando *pari passu* no processo administrativo ou judicial. Estão, também, intimamente ligadas ao princípio do devido processo legal (*due process of law*), pois não há como se falar em processo legal adequado ou regular sem a outorga da plenitude de defesa (direito de defesa técnica, direito à publicidade dos atos processuais, direito à citação, direito à produção de provas, direito de recurso, direito de contestação etc.).

Esses dois princípios estão dispostos no artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Os conceitos de ampla defesa e contraditório foram construídos a partir dos valores vigentes em determinadas épocas. Como exemplo, pode-se citar o artigo 224, alínea “a” do Código Penal que prevê que a violência é presumida quando a “vítima não é maior de 14 anos”.

Antigamente, uma criança de 14 anos era ingênua, mal saía de casa. Mas, atualmente, aos 14 anos a adolescente já vai a boates, usa bebidas alcoólicas e muitas ficam grávidas; desse modo, hoje a violência não deve ser necessariamente presumida quando a vítima for menor de 14 anos, deve-se verificar, primeiro, em que meio essa pretensa criança convive.

E, para Tereza Nascimento Rocha Dóro (1999, p. 129): “Essa ampla defesa compreende conhecer o completo teor da acusação, rebatê-la, acompanhar toda e qualquer produção de prova, contestando-a se necessário, ser defendido por advogado e recorrer de decisão que lhe seja desfavorável”.

Inicialmente a preocupação centrava-se na defesa da liberdade do cidadão diante do Estado. Nesse sentido, o procedimento e a forma eram de primordial importância para o réu.

No processo penal deve vigorar, em toda a sua plenitude, o direito de defesa. Aqui deveria ser permitido e garantido ao acusado o direito de produzir provas, desde que não proibidas em lei, o direito de contraditar testemunhas e o direito de recorrer de decisão judicial.

O direito de defesa deve ser visto em seu duplo aspecto: o subjetivo, que consiste na faculdade de, em abstrato, invalidar a imputação deduzida em juízo; e o objetivo, que conduz à defesa concretamente exercida, consubstanciada na autodefesa e na defesa técnica, para influenciar no convencimento do julgador.

Sobre o direito de defesa, tem-se o entendimento jurisprudencial originado no Recurso de Apelação 722.589/1:

Prova – Perícia - Esclarecimento requerido pelo acusado – Indeferimento pelo Juiz – Inadmissibilidade – Cerceamento de defesa caracterizado – Pedido que é ato que decorre do princípio da ampla defesa.

O direito de participar dos atos de instrução do processo, requerendo esclarecimentos, complementação e suplementação de qualquer tipo de prova, fica ainda mais nítido e evidente quando, de forma pertinente, a defesa, discordando da eu foi realizada, solicita ao Juiz determine o seu esclarecimento, ainda mais quando esse elemento de informação processual foi produzido na fase inquisitorial sem participação do réu e com o único objetivo de influir na formação da convicção do promotor para oferecimento da denúncia.

Esse comum pedido de esclarecimento de perícia é ato que decorre do exercício da ampla defesa, e nada impediria o seu deferimento, até porque, ressalte-se, dentre outras atividades do processo, uma das incumbências do Juiz é assegurar e estimular as garantias constitucionais, efetivando a

concreta participação das partes no processo (Ap. 722.589/1, 10ªC., j.08.09.93, rel. Juiz Márcio Bártoli, RT 707/312).

É certo, ainda, que não basta a simples presença do acusado nos atos do processo e seu acompanhamento por defensor habilitado. É essencial que se lhe assegure, com tempo razoável, o conhecimento pleno e prévio da acusação e, principalmente, o direito de ser entrevistado ou de conversar com aquele que o representará. Só dessa maneira é que se poderá assegurar, em sua plenitude, o efetivo direito de defesa.

O princípio do contraditório tem sua sede de expressão no provérbio romano do *audiatur et altera pars*, segundo o qual a parte contrária deve ser ouvida.

O juiz, por força de seu dever de imparcialidade, situa-se entre as partes, eqüidistantes delas. Se ouvir uma, deverá ouvir a outra. Somente pelo acréscimo da parcialidade das partes o juiz chegará à síntese que o levará à decisão. Em relação ao juiz, as partes exercem o papel de “colaboradores necessários”, cuja ação serve à justa solução da lide.

No entender de Rogério Bellentani Zavarize (2004, p. 170):

Diante do princípio do contraditório, as partes não podem se surpreender com decisão que considere fato relevante sem que sobre ele tenha sido possível a elas produzir defesa. Não se vislumbra possibilidade de formação do juízo de direito, para a definição da lide – que venha expressa na fundamentação da sentença – sem a efetiva garantia do contraditório, ainda que providências no campo probatório tenham sido tomadas de ofício.

O princípio do contraditório representa uma garantia para as partes que compõem a relação jurídico-processual, porquanto a decisão do magistrado somente poderá se dar com base nas provas produzidas pelos sujeitos processuais ou, de ofício, pelo próprio juiz, na instrução probatória do processo de conhecimento penal, ficando excluídas aquelas que não foram apresentadas e discutidas.

No processo penal é necessário que a informação e a possibilidade de reação permitam um contraditório pleno e efetivo. Pleno, porque se exige a observância do contraditório durante todo o desenrolar da causa, até seu encerramento. Efetivo, porque não é suficiente que se dê às partes a possibilidade

formal de se pronunciar sobre os atos da parte contrária, sendo imprescindível que lhe sejam proporcionados os meios para que tenha condições reais de contrariá-los.

O contraditório implica no direito de contestar a acusação, seja após a denúncia, seja em alegações finais; direito do acusado formular perguntas a todas as pessoas que intervierem no processo para esclarecimento dos fatos; de contrarrazoar os recursos interpostos pela parte *ex adversa*; direito de manifestar sobre todos os atos praticados pela acusação.

Júlio Fabbrini Mirabete (2006, p.24) prescreve:

Do princípio do contraditório decorre a igualdade processual, ou seja, a igualdade de direitos entre as partes acusadora e acusada, que se encontram num mesmo plano, e a liberdade processual, que consiste na faculdade que tem o acusado de nomear advogado que bem entender, de apresentar as provas que lhe convenham etc.

O contraditório pressupõe partes em situações opostas, se não substancialmente, pelo menos formalmente, no plano processual. Com a garantia do contraditório, as duas partes têm assegurada a ciência dos atos e dos termos da parte contrária, com a possibilidade de contestá-los.

Não só incumbe ao magistrado velar pela observância do contraditório, como também verificar a igualdade dos sujeitos que se defrontam dentro da relação jurídico-processual, dando ensejo a eles de, igualmente, apresentar as provas para a demonstração daquilo que alegaram, porquanto acusado e acusador devem encontrar-se em igualdade de condições na instância penal.

Tem entendido a jurisprudência que:

Júri – Nulidade – Ofensa ao princípio do contraditório – Depoimento do promotor contra uma testemunha – Fato não constante dos autos – Surpresa para a defesa - Novo julgamento ordenado – Inteligência do art.475 do CPP.

A manifestação do promotor em plenário do júri desmoralizando uma testemunha com afirmações não constante dos autos – e, portanto, surpreendendo a defesa – quebra o princípio da igualdade de tratamento, ofendendo o princípio do contraditório (RT 618/298).

O processo criminal em contraditório é, assim, garantia de acusação e de julgamento imparciais.

2.2.2 O direito ao silêncio

O direito ao silêncio é uma derivação do direito do acusado de não se incriminar, consagrado expressamente na Constituição Federal, no artigo 5º, inciso LXIII, mas estendido pela doutrina a todo indiciado ou acusado que estiver sendo interrogado.

O inciso LXIII, acima citado, dispõe 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”.

Esse direito decorre do fato de que ninguém é obrigado a dar qualquer possibilidade de se lhe arrancar, pela habilidade técnica, palavras que possam ser utilizadas contra sua defesa e, pois, em favor de sua condenação; e, por outra, ninguém pode ser obrigado a se expressar, a falar, quando não quiser ou não lhe convier. E, tal silêncio, não pode ser tido ou entendido como “consentimento”.

3 O DIREITO À TUTELA EFETIVA NA PERSPECTIVA DA TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

3.1 Noção de Direito Fundamental

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789, é a mais famosa das declarações de direitos fundamentais.

Trata-se, por excelência, do modelo das declarações, haja vista que, do seu conteúdo, se extrai a preocupação com a liberdade e os direitos do Homem.

Historicamente falando, não foi ela a pioneira das declarações de direitos. A Declaração de Direitos, editada pela Virgínia, em 1776 contém igualmente o reconhecimento dos direitos fundamentais em favor dos seres humanos, exemplo que foi seguido pelos novos Estados independentes e que influenciou o curso dos acontecimentos na França.

Atribui-se a *La Fayette*, desde 1783, a idéia de estabelecer uma declaração francesa dos direitos fundamentais. A finalidade última do texto referido é proteger os direitos do Homem contra os atos do Governo, e é expressa a menção ao Poder Legislativo e ao Poder Executivo.

Há mais: trata-se de uma “declaração”, ou seja, os direitos enunciados não são instituídos, são “declarados”, o que presume sua preexistência; esses direitos declarados derivam da natureza humana, são naturais, são do homem.

As declarações (nacionais e supranacionais) de direitos fundamentais não são declamações filosóficas, vez que sua atuação é confiada aos tribunais constitucionais nacionais e aos organismos transnacionais.

Os direitos humanos são patrimônio da humanidade e devem ser tutelados independentemente de limites territoriais.

Tendo o Brasil subscrito tratados relativos aos direitos fundamentais do ser humano, cujo conteúdo incorpora-se ao direito pátrio, compete ao Poder Judiciário dar aplicação a tais normas. Os tratados são fontes de direito, portanto, se

o Brasil é parte de um tratado que estabelece um direito ou garantia individual, os cidadãos brasileiros poderão invocá-los. Logo, não é mais possível adotar a tese dualista, segundo a qual os tratados obrigariam os Estados, mas não gerariam direitos subjetivos aos cidadãos, que ficariam à mercê da intermediação do poder Legislativo, que editaria ato destinado à outorga de vigência interna do tratado internacional.

De acordo com Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2000, p.23), pode-se classificar os direitos enunciados em duas grandes categorias. A primeira é a dos direitos do Homem. Esses são as liberdades, ou seja: poderes de agir, ou não agir, independentemente da ingerência do Estado. Constant (*apud* FERREIRA FILHO, 2000, p.23) os denomina de “liberdade dos modernos” – e, nessa categoria estariam incluídos a liberdade em geral, a segurança, a liberdade de locomoção, a liberdade de opinião e expressão, a propriedade, a presunção de inocência, a legalidade criminal e a legalidade processual.

A segunda categoria diz respeito aos direitos do cidadão e representam “poderes”. São a expressão moderna da “liberdade dos antigos” e constituem meios de participação no exercício do Poder Político. Nesse bloco estariam incluídos os direitos de participar da “vontade geral”, de controlar o uso do dinheiro público, de pedir contas da atuação dos agentes públicos.

Todos esses direitos e liberdades têm por pano de fundo o fato do indivíduo pertencer a uma categoria geral e abrangente dos seres humanos, todos iguais em dignidade.

Fala-se hoje numa *Grundrechtsdemokratie* ou “democracia dos direitos fundamentais”. Dentre os elementos fundamentais desse modelo, pode-se citar:

- a) a “constitucionalização” dos direitos civis;
- b) a incorporação desses direitos num processo de normas, tendo por consequência a limitação da autonomia política do legislador;
- c) o fortalecimento do controle da administração pública.

3.2 Direitos Fundamentais e Constituição

A Constituição estrutura o regime político, estabelece princípios, define os poderes do governo e fixa o estatuto dos cidadãos no Estado. Sob esse prisma, pode-se compreender a Carta Fundamental como uma “ordem de limitação de poderes” (*limited constitutionalism*).

Na ciência jurídica o conceito de “constituição” apresenta-se como essencialmente normativo, ou seja, estabelece um determinado comportamento, o de dar uma ordem política à sociedade.

Nos dizeres de Flávia Piovesan (2006, p.34/35):

A Constituição vem a concretizar, desse modo, a concepção de que “os direitos fundamentais representam uma das decisões básicas do constituinte, através da qual os principais valores éticos e políticos de uma comunidade alcançam expressão jurídica. Os direitos fundamentais assinalam um horizonte de metas sócio - políticas a alcançar, quando estabelecem a posição jurídica dos cidadãos em relações com o Estado, ou entre si”, no dizer de Antônio Enrique Pérez Luño. Os direitos e garantias fundamentais são, assim, ditados de especial força expansiva, projetando-se por todo universo constitucional e servindo com critério interpretativo de todas as normas do ordenamento jurídico.

De acordo com Cristina M. M. Queiroz (2002, p.39), os direitos fundamentais são direitos constitucionais que não devem, em primeira linha, ser compreendidos numa dimensão “técnica” de limitação do poder do Estado. Devem, antes, ser compreendidos como elementos definidores e legitimadores de toda a ordem jurídica positiva.

Quer dizer que, mediante a Constituição, não se procura somente organizar o poder político e prescrever-lhe um modo de atuação. Rawls (*apud* QUEIROZ, 2000, p.40) entende que se pretende, antes de mais nada, estruturar o próprio “corpo social”, a “boa sociedade”.

Ingo Wolfgang Sarlet (2004, p.35/36) entende da seguinte maneira:

Em que pese sejam ambos os termos (“direitos humanos” e “direitos fundamentais”) comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo “direitos fundamentais” se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional

positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão “direitos humanos” guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional).

Os direitos fundamentais emergem do Estado constitucional como modalidade de reação às principais ameaças que circundam o homem (direitos do homem) e o cidadão (direitos civis).

A noção de perigo muda historicamente, o que acarreta a permanente necessidade de novos instrumentos de combate. Isso implica no caráter “aberto” do catálogo e da garantia dos direitos fundamentais, donde se conclui que os direitos fundamentais variam no “espaço” e no “tempo”, daí a origem da expressão “proteção dinâmica dos direitos fundamentais”.

Todas as Constituições brasileiras, sem exceção, enunciaram Declarações de Direitos. A Constituição de 1988 enumera os direitos e garantias fundamentais, antecipando-os à estruturação do Estado. Em todas as Constituições brasileiras, desde a de 1891, a enumeração de direitos fundamentais tem caráter exemplificativo. Por outro lado, o artigo 5º, §2º¹ da Constituição vigente não se limita em afirmar o caráter exemplificativo da enumeração, admitindo, ainda, outros direitos vinculados ao sistema e aos seus princípios, e aqueles dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

A Constituição de 1988, no artigo 5º, §1º², edita uma regra que é novidade no direito pátrio. Trata-se da “aplicabilidade imediata” das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, evitando, assim, que essas leis tornem-se “letra morta” por falta de regulamentação. Embora a regra seja a eficácia e a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, determinados direitos estão plasmados em normas de eficácia limitada e dependem de regulamentação para que produzam a totalidade dos efeitos pretendidos pelo constituinte.

¹ 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.

² Art. 5º

§ 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

De acordo com Flávia Piovesan (2006, p.35/36):

Atente-se ainda que, no intuito de reforçar a imperatividade das normas que traduzem direitos e garantias fundamentais, a Constituição de 1988 institui o princípio da aplicabilidade imediata dessas normas, nos termos do art. 5º, §1º. Esse princípio realça a força normativa de todos os preceitos constitucionais referentes a direitos, liberdades e garantias fundamentais, prevendo um regime jurídico específico endereçado a tais direitos. Vale dizer, cabe aos Poderes Públicos conferir eficácia máxima e imediata a todo e qualquer preceito definidor de direito e garantia fundamental. Tal princípio intenta assegurar a força dirigente e vinculante dos direitos e garantias de cunho fundamental, ou seja, objetiva tornar tais direitos prerrogativas diretamente aplicáveis pelos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

Nas hipóteses em que a própria Constituição remete a uma legislação futura para a efetivação da norma ou quando sejam necessárias providências legislativas e administrativas para a sua concretização, o que é comum em sede de direitos sociais, a aplicação imediata enunciada vale para aquilo em que for possível.

3.3 As Perspectivas Objetivas e Subjetivas dos Direitos Fundamentais

Os direitos fundamentais revelam dupla perspectiva, ou seja, tanto podem ser considerados como direitos subjetivos individuais, quanto elementos objetivos fundamentais da comunidade.

De acordo com a perspectiva jurídico-objetiva dos direitos fundamentais e seus diversos desdobramentos, os direitos fundamentais não se limitam à função precípua de serem direitos subjetivos de defesa do indivíduo contra atos do poder público, mas, além disso, constituem decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva que, uma vez previstos na Carta Fundamental, fornecem diretrizes básicas para os órgãos legislativos, executivos e judiciários.

Seguindo esse norte, os direitos fundamentais, vistos sob a perspectiva objetiva, gozariam de uma forma de “mais-valia jurídica”.

Partindo da premissa de que os direitos fundamentais incorporam-se e expressam determinados valores objetivos da comunidade, depreende-se que os direitos fundamentais (mesmo os clássicos direitos de defesa) devem ter sua eficácia valorada não só sob um ângulo individualista, a partir da pessoa individual e

sua posição perante o Estado, mas também sob o ponto de vista da sociedade como um todo.

Outro desdobramento ligado à perspectiva objetiva dos direitos fundamentais diz respeito à “eficácia dirigente” que os mesmos desencadeiam em relação aos órgãos estatais. Nesse quadro de idéias, os direitos fundamentais contêm uma ordem dirigida ao Estado de efetivação (realização e concretização) dos direitos fundamentais.

Sem prejuízo das funções já apontadas, os direitos fundamentais, na sua qualidade de normas de direito objetivo servem de parâmetro para o controle de constitucionalidade das leis e dos demais atos normativos.

A doutrina alemã trata da “eficácia irradiante” dos direitos fundamentais, onde os mesmos, na condição de direito objetivo, fornecem diretrizes para a aplicação e interpretação do direito infraconstitucional e, além disso, aponta para a necessidade de uma interpretação “conforme os direitos fundamentais”.

Sob a perspectiva subjetiva, quando nos referimos aos direitos fundamentais têm-se a idéia de que, ao titular de um direito fundamental, é aberta à possibilidade de impor seus interesses, juridicamente tutelados, perante o destinatário-obrigado.

Na lição de J. J. Gomes Canotilho (apud SARLET, 2004, p. 162) o direito subjetivo consagrado por uma norma de direito fundamental manifesta-se mediante uma relação trilateral, formada entre o titular, o objeto e o destinatário do direito.

De acordo com Vieira de Andrade (apud, SARLET, 2004, p.162) o reconhecimento de um direito subjetivo está atrelado “à proteção de uma determinada esfera de auto-regulamentação ou de um espaço de decisão individual; tal como é associado a um certo poder de exigir ou pretender comportamentos ou de produzir autonomamente efeitos jurídicos”.

Robert Alexy (apud, SARLET, 2004, p. 163) edifica sua concepção de direitos fundamentais, em sua perspectiva subjetiva, com fundamento no seguinte tripé de posições fundamentais, que, em princípio, pode integrar um direito fundamental subjetivo:

- a) direito a qualquer coisa (que englobariam os direitos a ações negativas e positivas do Estado e/ou particulares - os clássicos direitos de defesa e os direitos a prestações);
- b) liberdades (negação de exigências e proibições) e
- c) poderes (competências e autorização).

Aliado à noção de direito subjetivo em sentido amplo, está o reconhecimento de certo grau de exigibilidade (justiciabilidade) que é de intensidade variável e depende da normatividade de cada direito fundamental.

A doutrina vem se posicionando a favor da prevalência da perspectiva subjetiva dos direitos fundamentais.

Nesse contexto, quando se fala em “direitos fundamentais subjetivos” está-se referindo à possibilidade que tem seu titular (pessoa individual ou ente coletivo) de fazer valer judicialmente os poderes, as liberdades, o direito às ações negativas ou positivas que lhe foram outorgados pela norma consagradora do direito fundamental em questão.

3.4 A Aplicabilidade do Direito Fundamental e a Tutela Jurídica Efetiva

A seguir, serão abordados os instrumentos que o Poder Judiciário utiliza para viabilizar a eficácia dos direitos fundamentais.

De acordo com Carla Pinheiro (2001, p.43):

[...], podemos afirmar que o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos pelo Poder Judiciário é uma espécie de garantia constitucional geral. Esse controle visa impedir o arbítrio do poder público, e conseqüente desrespeito aos Direitos Fundamentais de forma ampla.

No ordenamento pátrio, os direitos e garantias fundamentais estão enunciados no art. 5º da Constituição Federal de 1988. Na doutrina, a distinção entre direito e garantia não é aceite de forma pacífica.

José Afonso da Silva (1996, p.183) afirma que os direitos são “declaratórios”, enquanto as garantias são “assecuratórias”.

A principal garantia dos direitos fundamentais está prevista no art.5º, §1º da Constituição Federal, que estabelece que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais tem aplicação imediata”.

Nos dizeres de Carla Pinheiro (2001, p.51):

[...]. Essa declaração, acompanhada dos respectivos remédios jurídicos que visam a sua efetivação – como o Mandado de Injunção e a Ação Popular – formam um todo indissociável no sentido de concretização do texto constitucional, no que diz respeito aos Direitos Fundamentais.

Não se pode deixar de consignar que, apesar das normas de direito fundamental serem de aplicação imediata, muitas delas dependem de regulamentação para gerar efeitos.

Segundo Stern (apud PINHEIRO, 2001, p.52) as normas de direito fundamental são muitas vezes, *gesetzesmediatisiert*, ou seja, necessitam da “mediação”, necessitam ser regulamentadas por normas infraconstitucionais para poder gerar efeitos.

A autora citada esclarece que, a necessidade de “mediação” da norma infraconstitucional, no sentido da implementação de direito fundamental, não significa que seja necessário adiamento indefinido da implementação desse direito, o que deixaria a critério do legislador infraconstitucional a decisão do momento em que a norma constitucional poderia gerar seus efeitos.

Assim, quando o legislador infraconstitucional não tiver expedido norma regulamentadora de direito fundamental aplicável a determinado caso concreto, caberá ao judiciário funcionar como “mediador”, no sentido da criação excepcional da norma que viabilize a concretização do direito fundamental.

Desse modo, a máxima “quem cala, consente”, de maneira alguma pode ser aplicada ao devido processo legal.

4 O DIREITO AO SILÊNCIO

4.1 Considerações Iniciais

A Constituição Federal de 88 consagrou o direito ao silêncio. Reza o texto da Lei Fundamental, no artigo 5º, LXIII, 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”.

Da análise do dispositivo constitucional apontado depreende-se que o círculo de atuação das entidades estatais foi delimitado, ou seja, qualquer indivíduo que seja parte de procedimento investigatório tem, dentre outras prerrogativas que lhe são asseguradas pela Carta Magna, o direito de permanecer calado.

A faculdade de permanecer calado ganhou dignidade constitucional e se insere no alcance concreto da cláusula constitucional do devido processo legal. O direito ao silêncio compreende a prerrogativa processual do acusado de negar, ainda que falsamente, a prática da infração penal.

Em se tratando de regra processual penal, a garantia possibilita a interpretação extensiva, reconhecida, inclusive, em favor do acusado que está em liberdade. Em face da consagração do direito ao silêncio, o acusado tem o direito de permanecer calado; seu silêncio não pode ser interpretado em prejuízo da defesa e nem constituir elemento para formação do convencimento do magistrado.

4.2 Origem e Conceito do Instituto

O direito de permanecer em silêncio segue a orientação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos que prevê, em seu artigo 8º, §2º, g, a toda pessoa acusada de delito, o direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem declarar-se culpada. Trata-se de um autêntico complemento do *due process*

law e da ampla defesa, garantindo-se, dessa forma, ao acusado, não só o direito ao silêncio, mas também o direito de prestar declarações falsas e inverídicas, sem que por elas possa ser responsabilizado.

Consoante Alexandre de Moraes (2002, p.399), a cláusula constitucional brasileira mostra-se mais generosa em relação ao silêncio do acusado do que a previsão do direito norte-americano do *privilege against self-incrimination*, descrita na 5ª Emenda à Constituição Americana, 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 ou inverídicas, sob pena de responsabilização criminal.

A garantia ao silêncio do acusado foi consagrada no julgamento americano “Miranda x Arizona” (1966), ocasião em que a Suprema Corte afastou a possibilidade da confissão ser utilizada como meio de prova de interrogatório policial quando não precedida da enunciação dos direitos do preso, em especial, o direito de ficar calado, ou seja, *you have the right to remain silent*³.

O direito à não incriminação, direito subjetivo público de “permanecer calado”, previsto no texto constitucional, tem como titular todos os acusados e futuros acusados que possam vir a ser processados e punidos em decorrência de suas próprias declarações.

Ada Pellegrini Grinover (1976, p. 15-31) consigna, com muita propriedade, o porquê da necessidade de ser garantido ao acusado o direito ao silêncio:

O réu, sujeito da defesa, não tem obrigação nem dever de fornecer elementos de prova que o prejudiquem. Pode calar-se ou até mentir. Ainda que se quisesse ver no interrogatório um meio de prova, só o seria em sentido meramente eventual, em face da faculdade dada ao acusado de não responder. A autoridade judiciária não pode dispor do réu como meio de prova, diversamente do que ocorre com as testemunhas; deve respeitar sua liberdade, no sentido de defender-se como entender melhor, falando ou calando-se, e ainda advertindo-se da faculdade de não responder.

Seguindo a mesma linha de pensamento, acrescenta-se que:

³ Você tem o direito de permanecer calado.

O retorno ao direito ao silêncio, em todo o seu vigor, sem atribuir-lhe nenhuma consequência desfavorável, é uma exigência não só de justiça, mas sobretudo de liberdade. O único prejuízo que do silêncio pode advir ao réu é o de não utilizar a faculdade de auto defesa que se lhe abre durante o interrogatório. Mas quanto ao uso desta faculdade, o único árbitro deve ser sua consciência, cuja liberdade há de ser garantida em um dos momentos mais dramáticos para a vida de um homem e mais delicado para a tutela de sua dignidade (GRINOVER, 1978, p.111).

Como deixa transparecer a autora, muitas vezes o silêncio é menos prejudicial ao réu do que a autodefesa, por isso a Constituição Federal elegeu o direito ao silêncio como um direito constitucional e uma opção do acusado ou do réu, ou seja: ele não é obrigado a permanecer em silêncio e, muito menos, pode ser obrigado a falar.

4.3 Evolução Histórica

Há quem considere que o princípio *nemo tenetur se detegere*⁴ se insere entre os direitos fundamentais do homem, sendo praticamente impossível dissociar suas raízes (KOHL, 1971, p.15).

O nascedouro dos direitos individuais do homem remonta ao Egito Antigo e à Mesopotâmia e datam do terceiro milênio a.C., quando já se previa mecanismos de proteção individual em face do Estado. O Código de Hamurabi, de 1690 a.C., traz em seu bojo um rol de direitos comuns a todos os homens. A propagação das idéias de Buda (500 a.C.), também repercutiu na formação da igualdade entre os homens.

Num momento subsequente, surge na Grécia estudo sobre a igualdade e a liberdade do homem, com ênfase na participação política dos cidadãos (democracia de Péricles).

Sófocles, em sua obra *Antígona* (441 a.C.), prega a existência de normas não escritas e imutáveis (direito natural), anteriores e hierarquicamente superiores à norma escrita.

⁴ Inexigibilidade de produção de provas contra si.

A Lei das Doze Tábuas, por sua vez, pode ser qualificada como o berço dos textos escritos garantidores da liberdade e da proteção dos direitos do cidadão.

Posteriormente, o forte impacto trazido pelas palavras e mensagens de Cristo, fundadas na igualdade dentre todos os homens, coopera para a sedimentação dos direitos fundamentais, imprescindíveis à dignidade humana.

O ápice do desenvolvimento das declarações de direitos humanos fundamentais ocorreu a partir do final do século XVIII até meados do século XX.

A *Magna Carta Libertatum* (1215) outorgado por João Sem-Terra, já previa entre outras garantias: a proporcionalidade entre delito e sanção; que nenhum homem livre seria detido ou sujeito a prisão, ou privado de seus bens, senão mediante um julgamento regular em harmonia com a lei e o livre acesso à Justiça.

O *Habeas corpus Act* (1679) regulamentou o instituto que já existia na *common law*. A lei em foco, previa a reclamação escrita pelo próprio indivíduo ou por outrem a favor do indivíduo detido ou acusado da prática de um delito, para pedir sua libertação mediante o compromisso de comparecer e responder à acusação no tribunal competente.

A *Bill of Rights* (1689) representou considerável restrição ao poder do Estado; estabelecia, entre outros direitos e garantias: o fortalecimento do princípio da legalidade, a criação do direito de petição, a liberdade de eleição dos membros do Parlamento; a convocação freqüente do Parlamento e a proibição de aplicação de penas cruéis.

O *Act of Settlemente* (1701) fortaleceu o princípio da legalidade quando estabeleceu que as leis da Inglaterra constituíam direito natural do povo e do soberano, que deveria governar em observância estrita às referidas leis.

A Constituição norte-americana de 1787, inicialmente não tratou dos direitos individuais, os quais foram introduzidos em 1791, por meio da promulgação das dez primeiras emendas à Constituição, denominadas *Bill of Rights* ou “Declaração dos Direitos”. A Quinta Emenda trata do *due process of law* ou do devido processo legal. Ela consagra o direito do acusado ficar calado, a fim de não se auto-incriminar. Ao se referir ao acusado, essa emenda está assim redigida: “... nem será compelido, em qualquer processo criminal, a ser testemunha contra si

mesmo, nem será privado da vida, liberdade ou propriedade, sem o devido processo legal, nem será a propriedade privada tomada para o uso público, sem justa compensação”.

A consagração normativa dos direitos fundamentais ocorreu na França (1789) com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, documento promulgado pela Assembléia Nacional e do qual constavam importantes previsões, dentre as quais: o princípio da igualdade, da liberdade, da reserva legal, da anterioridade em matéria penal e da presunção de inocência.

Em contrapartida, há quem defenda que a efetivação do princípio *nemo tenetur se detegere* só se verificou nos últimos tempos, vez que, na antiguidade, dominava o sistema inquisitivo.

Seguindo esse quadro de idéias, mister destacar o Código de Hamurabi, onde havia previsão de que o acusado deveria ser ouvido sob o juramento de falar a verdade, especialmente quando não houvesse outro meio probatório para se apurar a verdade dos fatos.

Do mesmo modo, as Leis de Manu não consentiam que o acusado se calasse ou mentisse, pois se assim procedesse, recairia sobre ele a presunção de culpabilidade. O juramento era endereçado não somente às testemunhas, mas também ao acusado, estabelecendo que não poderia faltar com a verdade, sob a condição de ter a pena a ele cominada acrescida de algum percentual, o que transformaria o silêncio do acusado em uma agravante do delito cometido.

Quanto às civilizações clássicas, o direito ao princípio do *nemo tenetur se detegere* também era desconhecido, pois nos interrogatórios, era utilizada a prerrogativa da tortura em busca da verdade.

A negação máxima ao instituto do *nemo tenetur se detegere* parece ter se dado na Idade Média, quando a verdade era extorquida do acusado mediante tortura e tida como decisiva para o resultado do processo penal, sendo que a confissão era considerada a prova mais contundente do processo.

A partir do Iluminismo, o depoimento ou confissão do acusado deixou de ser visto como um meio de prova, disseminando-se o combate ao emprego da tortura e à postura antinatural da auto-incriminação.

Beccaria (2006, p. 48), autor da obra “Dos Delitos e das Penas”, identificou a contradição existente entre a lei, que impunha ao acusado o dever de dizer a verdade, e os sentimentos naturais de defesa e liberdade, inerentes a todo e qualquer ser humano.

Progressivamente, foi-se dando a construção do princípio do *nemo tenetur se detegere*. Contudo, até épocas recentes, quando do silêncio do acusado, mantinha-se a presunção de culpabilidade, o que violava o preceito mencionado, pois de nada adiantava garantir ao acusado o direito ao silêncio se, em razão desse mesmo silêncio, presumia-se a sua culpabilidade.

Na Idade Contemporânea, os julgados norte-americanos e os ingleses contribuíram decisivamente para a consagração do princípio em tela. Nos Estados Unidos, já no século XX, tendo por inspiração o julgamento, do caso Miranda x Arizona⁵ na Suprema Corte Americana, foi inserida a V Emenda Constitucional: “*No person shall be compelled in any criminal caso to be a witness against himself*”⁶.

Os tratados internacionais também passaram a consagrar o direito ao silêncio, embora implicitamente tratados, em alguns, como se deu na Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), onde se estabelece a presunção de inocência e a não utilização da tortura.

Na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, aprovada na Conferência de São José da Costa Rica (1969), foi reconhecido o princípio do *nemo tenetur se detegere* entre as garantias mínimas a serem observadas a toda pessoa acusada de um delito.

O Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, adotado pela Assembléia Geral das Nações Unidas, que entrou em vigor em 23 de março de 1976, também se referiu expressamente ao princípio em foco, estabelecendo que toda pessoa acusada de um crime tem direito de não se auto-incriminar.

⁵ Os métodos coercitivos de interrogatório policial sofreram outro golpe em 1966, quando o caso Miranda x Arizona foi parar na Suprema Corte. O acusado, Ernesto Miranda, confessara os crimes de estupro e rapto após duas horas de interrogatório. No recurso para a Suprema Corte, sua defesa alegou que Miranda não teve conhecimento dos direitos de permanecer calado (a Quinta Emenda à Constituição dos EUA) e de se fazer acompanhar por advogado (a Sexta Emenda à Constituição dos EUA). A Corte decidiu em favor de Miranda e o caso ficou célebre ao instituir aqueles que ficariam conhecidos como os “Direitos Miranda” (LAYTON, 2007, p.01).

⁶ Nenhuma pessoa será compelida, em qualquer caso criminal, a ser uma testemunha (ou a testemunhar) contra si própria.

4.4 O Direito ao Silêncio na Carta Magna e no STF

Sob influência do direito anglo-americano, a Constituição Federal de 88 consagrou a prerrogativa do silêncio do acusado como um direito a ele inerente. Reza o artigo 5º, LXIII da Lei Fundamental: “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”.

Também é cristalino o reconhecimento jurisprudencial do silêncio do acusado. É oportuna a invocação do seguinte precedente do STF:

Esta Suprema Corte, fiel aos postulados constitucionais que delimitam, nitidamente o círculo de atuação das instituições estatais, salientou que qualquer indivíduo que figure como objeto de procedimento investigatório, *verbis*: 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 (RHC, Rel. Min. Celso de Mello, em RTJ 141/512).

Embora a norma constitucional refira-se ao preso, por se tratar de uma regra processual penal, o direito ao silêncio admite interpretação extensiva, ou seja, a garantia compreende qualquer pessoa que venha a ser incriminada, tanto a pessoa presa como o acusado que está em liberdade (investigado, testemunhas, informantes), sendo esse o entendimento doutrinário e jurisprudencial.

Até 2003, o artigo 186 do Código de Processo Penal, ao dispor sobre o direito ao silêncio, estabelecia que: “Antes de iniciar o interrogatório, o juiz observará ao réu que, embora não esteja obrigado a responder as perguntas que lhe forem formuladas, o seu silêncio poderá ser interpretado em prejuízo da própria defesa”. (original não grifado).

Promoveu-se, então, por meio de lei, a alteração da redação do artigo 186 do Código de Processo Penal, de forma a adequá-lo à diretriz constitucional, conforme se verifica:

Art.186 do CPP – 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. (redação dada pela Lei nº. 10.792/03)

Da mesma forma, o artigo 198 do Código de Processo Civil, ao dispor que: “O silêncio do acusado não importará confissão, mas poderá constituir elemento para a formação do convencimento do juiz”, não guarda compatibilidade com o texto constitucional. O dispositivo em comentário estabelece que o silêncio pode contribuir para a formação do convencimento do magistrado. Questiona-se: de que adianta o acusado valer-se do direito ao silêncio se este puder ser utilizado em prejuízo àquele que o invocou?

Imperioso destacar que essa é a tendência, ou seja, não somente assegurar o direito ao silêncio, mas também coibir qualquer interpretação prejudicial àquele que invocou o direito constitucional em seu benefício, o que se verifica da decisão a seguir:

[...] III. *Nemo tenetur se detegere*: direito ao silêncio. Além de não ser obrigado a prestar esclarecimentos, o paciente possui o direito de não ser interpretado contra ele o seu silêncio. IV. Ordem concedida, para cassar a condenação. (STF, HC n. 84.517/SP, rel.min. Sepúlveda Pertence, j. em 19.10.2004)

José Carlos Barbosa Moreira (apud LIMA, 2004, p. 58), observa que:

[...] importa notar que entre nós se vêm dando à garantia extensão maior que no seu próprio berço. É o que sucede quando se extrai do direito ao silêncio, constitucionalmente consagrado, a inadmissibilidade de provas que não se relacionam com aquilo que o indiciado ou acusado diz. Sirvam de exemplo as impugnações que se tem levantado à utilização de aparelhos destinados a medir o teor da intoxicação por álcool, à exigência do fornecimento de padrões gráficos, e assim por diante. Como antes se demonstrou, tal entendimento não acha apoio no direito norte-americano, nem pode, portanto, ser atribuído, *sic et simpliciter*, à sua influência.

Dentro desse quadro de idéias, nossa Suprema Corte tem entendimento consolidado, conforme se verifica do julgado do Supremo Tribunal Federal, referente ao *habeas corpus* nº 77.135:

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 artigo 174 do Código de Processo Penal há que ser interpretado no sentido de não poder ser o indiciado compelido a fornecer padrões gráficos do próprio punho, para exames periciais, cabendo apenas ser intimado para fazê-lo a seu alvedrio (STF, HC nº. 77.135, rel.min. Ilmar Galvão, DJU de 6.11.1998).

Emerge desse perfilhamento da Excelsa Corte que ninguém é obrigado a fazer algo que não deseja.

Fica a critério do réu, prestar, ou não, declarações em seu interrogatório, bem como o fornecimento de padrões gráficos para exames periciais. Como na área penal não se pode condenar ninguém por presunção, a negativa não poderá jamais ser respaldo para a procedência da ação penal.

5 O DIREITO CONSTITUCIONAL AO SILÊNCIO E SUAS IMPLICAÇÕES NAS CPI – COMISSÕES PARLAMENTARES DE INQUÉRITO

5.1 As CPI's e os Poderes de Investigação

A Constituição Federal de 88 trouxe norma específica sobre as Comissões Parlamentares de Inquérito, seguindo a influência do texto constitucional ibérico, o texto da Magna Carta é mais detalhado sobre o tema:

Art. 58 [...]

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

Do texto constitucional importa destacar três aspectos essenciais:

- a) trata-se de matéria constitucional;
- b) as comissões terão poderes próprios das autoridades judiciais;
- c) os regimentos internos das Casas Congressuais servirão como sede auxiliar para a fixação dos poderes dessas Comissões, ou seja, como veículos para a complementação de seus textos.

Da leitura do artigo 58, §3º da Constituição Federal de 1988 poderia ainda restar a dúvida: Qual a natureza dos poderes de investigação concedidos às CPIs? Quais seriam os “outros poderes” previstos nos regimentos internos?

Sob esse aspecto cumpre esclarecer que o escopo das Comissões Parlamentares de Inquérito é investigar tão somente; não lhes compete processar, responsabilizar, punir, ou ainda realizar outras atividades que não sejam investigatórias. A dicção da parte final do artigo 58, §3º da CF estabelece que:

“sendo suas conclusões, se for o caso, encaminhadas ao Ministério Público para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores”.

Ainda, o texto do artigo 58, §3º da Carta Fundamental equipara os poderes de investigação das Comissões Parlamentares de Inquérito aos das “autoridades judiciais”, contudo, não diz quais são os poderes investigativos dos juízes. Ao relacionar as competências e atribuições do Poder Judiciário, a norma constitucional trata de “processar e julgar”, e não se refere ao ato de “investigar”.

Pode-se dizer que os juízes não possuem poderes ordinários de investigação, mas poderes excepcionais em determinadas circunstâncias e adstritos a certos limites. Os juízes exercem atividade de “perquirição da verdade”, para esclarecer fatos e situações que lhe são apresentados e que requerem resposta jurisdicional.

Poderes de investigação quem detém são as denominadas “polícias judiciárias”, a saber: a Polícia Federal e a Polícia Civil dos Estados, conforme estabelece o artigo 144 da Constituição Federal⁷. Também o Ministério Público, possui poderes de investigação em suas diversas conformações.

A magistratura só investiga excepcionalmente, como meio de realizar a sua função típica. Contudo, há um poder de investigação inerente às competências de “processar e julgar”. É certo ainda que a Constituição e as leis atribuem aos juízes a possibilidade de realização de medidas de investigação. Tome-se como exemplo o artigo 5º, inciso XX da Constituição Federal, segundo o qual: “é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”.

Como disposto no inciso citado, a violação da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, só podem ser violadas por ordem judicial para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

⁷ Art.144 da CF – A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

Instaurado o processo, o juiz pode realizar determinadas atividades para melhor formar a sua convicção, contudo, essas investigações se dão em regime de contraditório, ou melhor, estão sujeitas à fiscalização das partes, que podem, inclusive, oferecer contra prova. Outro aspecto das investigações judiciais é a subsidiariedade, ou seja, a atividade probatória do juiz é sempre secundária em relação à das partes.

Como exemplo pode-se citar, na área penal, a determinação pelo juiz de alguma diligência ou perícia para comprovar o alegado pelas partes e, assim, contribuir para formar a sua convicção.

Entretanto, respeitadas essas limitações, os poderes judiciais de investigação serão os mais amplos possíveis, muito maiores do que aqueles conferidos à Polícia ou ao Ministério Público, pois quando é o juiz que determina a prova, ele faz concomitantemente um juízo de legalidade.

Logo, a investigação judicial tem por escopo a instrução processual, ou seja, visa formar a convicção do julgador a fim de que o mesmo possa prestar a função jurisdicional com equidade e justiça.

Afinal, o que pode ser tido como “poderes de investigação” atribuídos aos juízes?

Por atividades de investigação pode-se compreender a oitiva de testemunhas, o depoimento pessoal das partes, as acareações, o interrogatório de acusados, a requisição de documentos e informações, a determinação de realização de perícias, a determinação de busca e apreensão de papéis e objetos, a determinação de acesso a dados reservados, dentre outros.

Com efeito, o texto constitucional, ao estatuir que as Comissões Parlamentares de Inquérito terão poderes de investigação “próprios das atividades judiciárias” pretendeu equiparar os poderes desses órgãos parlamentares com os dos juízes, limitado-os ao procedimento de investigação.

5.2 O Direito de não se Auto-Incriminar e o Direito ao Silêncio nas CPI's

A Constituição do Brasil estabelece, em seu artigo 5º, inciso LXIII que “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurado a assistência da família e de advogado”.

Ao ser investigada, toda pessoa tem a seu favor um rol de direitos assegurados constitucionalmente. Milita em favor do acusado a “presunção de inocência”, prevista no inciso LVII⁸ do art. 5º da Constituição Federal, que significa que o indiciado ou acusado só poderá ser considerado culpado após o trânsito em julgado da sentença condenatória. Dentre outros, o acusado tem o direito de não se auto-incriminar, de se fazer acompanhar por advogado (art. 185⁹ do Código de Processo Penal), de responder determinadas questões e de se recusar a responder outras e de permanecer em silêncio (art. 186¹⁰, CPP).

Já as testemunhas têm o dever legal de dizer a verdade, sujeitando-se, inclusive, à prisão em flagrante, caso haja perjúrio, conforme disposto no art.342¹¹ do Código Penal. O direito de não se auto-incriminar é extensivo às testemunhas.

No entender do Ministro Sepúlveda Pertence (*apud* SANTOS GONÇALVES, 2001, p.149):

Mas se o poder que detém a CPI é o das autoridades judiciais – e não maior que o dessas – segue que a ela se poderão opor os mesmos limites formais e substanciais oponíveis ao poder instrutório dos juizes. Entre tais restrições, duas geram delicados pontos de tensão com a obrigação de falar a verdade: o dever do sigilo, a que esteja sujeita por lei a testemunha, e a garantia constitucional contra a auto-incriminação – *nemo tenetur se detegere* – que tem sua manifestação mais eloqüente no direito ao silêncio, invocado no caso pelo paciente.

De acordo com Luiz Carlos dos Santos Gonçalves (2001, p.149), o direito das testemunhas e indiciados ao silêncio, é uma das mais importantes

⁸ LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

⁹ 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.

¹⁰ Art.186 do CPP – 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.

¹¹ Art. 342 do CP – Fazer afirmação falsa, ou negar ou calar a verdade, como testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete em processo judicial, ou administrativo, inquérito policial, ou em juízo arbitral.

restrições à atuação das Comissões Parlamentares de Inquérito, pois essas Comissões são limitadas em relação às garantias dadas aos acusados ou indiciados.

O autor citado destaca, ainda, que, referente ao direito ao silêncio, um aspecto digno de registro é o relativo à exibição de documentos que impliquem em auto-incriminação ou produção de prova contra si mesmo. Com efeito, é possível a escusa à apresentação de documentos que estejam sob a guarda de alguém, se, em razão disso, essa pessoa for produzir prova contra si mesma.

Segundo o IBBCRIM - Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (apud SUANNES, 1999, p.275):

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

Logo, em se tratando de provas, tanto o preso quanto aquele ainda investigado, pode invocar o direito ao silêncio, previsto na Carta Magna.

Neste tópico foram abordados os poderes de investigação das CPI's, poderes esses concedidos pela Constituição Federal em seu art.58, §3º.

Também, comparou-se os poderes do juiz com àqueles das Comissões Parlamentares de Inquérito e, através da pesquisa, chegou-se à conclusão que o magistrado não detém poderes ordinários de investigação, mas, em determinadas circunstâncias pode perquirir a verdade para formar a sua convicção.

Ainda, quanto ao tema, falou-se sobre o direito ao silêncio nas CPI's, como forma de não se auto-incriminar e sobre as testemunhas que, a despeito do dever legal de dizer a verdade, também possuem o direito de não se auto-incriminar.

6 DIREITO AO SILÊNCIO E O INTERROGATÓRIO

6.1 Conceito, Natureza e Aspectos Legais do Interrogatório

Por interrogatório entende-se o ato processual que concede ao acusado a oportunidade de se dirigir ao juiz apresentando a sua versão aos fatos que lhe foram imputados pela acusação.

O interrogatório é um ato de natureza dúplice: pode ser tido como instrumento de defesa e como meio de prova.

Guilherme de Souza Nucci (2007, p.387) ao tratar da natureza jurídica do interrogatório esclarece que há quatro posições:

a) é meio de prova, fundamentalmente (Camargo Aranha); b) é meio de defesa (Galdino Siqueira, Pimenta Bueno, Manzini, Claria Olmedo, João Mendes Júnior, Ada Pellegrini Grinover, Tourinho Filho, Adriano Marrey, Alberto Silva Franco, Rui Stoco, Bento de Faria, Antônio Magalhães Gomes Filho, Jorge Alberto Romero. Alguns desses deixam entrever a possibilidade de considera-lo em segundo plano, como fonte prova); c) é meio de prova e de defesa (Vicente de Azevedo, Frederico Marques, Hélio Tornaghi, Paulo Herber de Moraes e João Batista Lopes, Fernando de Almeida Pedroso, Mirabete, Greco Filho, Marco Antônio Marques da Silva, Carnelutti, Florian, David Teixeira de Azevedo, Borges da Rosa, Paulo Lúcio Nogueira, Ary Azevedo Franco, Guglielmo Sabitini, Carlos Henrique Borlido Haddad, Marcos Alexandre Coelho Zilli); d) é meio de defesa primordialmente; em segundo plano, é meio de prova (Hernando Londoño Jiménez, Ottorino Vannini).

Partindo-se da premissa que o interrogatório é um ato de defesa, depreende-se que o réu pode valer-se do mesmo para defender-se da acusação, vez que pode dar sua versão dos fatos com o intuito de se inocentar.

Contudo, quando o acusado se defende, acaba por trazer ao julgador elementos que podem ser utilizados na apuração da verdade, contribuindo, assim, para a formação da convicção do magistrado. Logo, não se pode deixar de

considerar o interrogatório como integrante do conjunto probatório, ou seja, trata-se de meio de prova.

No entender de Nucci (2007, p.387), o interrogatório é fundamentalmente um meio de defesa, pois a Carta Magna assegura ao réu o direito ao silêncio, portanto, a primeira alternativa que advém ao acusado é permanecer calado, já que de seu silêncio não decorre nenhuma consequência. Caso faça opção por falar, abre mão do direito ao silêncio, sendo que, o que disser, constituirá meio de prova.

Com o advento da Lei 10.792 de 1º de dezembro de 2003, a disciplina legal do interrogatório judicial sofreu profundas alterações.

Durante o curso do processo penal a autoridade judiciária poderá, a qualquer momento, ouvir o réu, ou seja, é indispensável propiciar ao acusado a oportunidade do interrogatório. Nessa linha de pensamento, o réu poderá ser ouvido tanto pela autoridade judiciária de 1º grau como pela de 2º instância¹².

O artigo 185, *caput*, do Código de Processo Penal estabelece que o interrogatório será feito “na presença de seu defensor, constituído ou nomeado”.

Outra inovação do dispositivo legal referido é permitir que o acusado seja interrogado no próprio estabelecimento prisional em que se encontra recolhido, assegurando-lhe, ainda, a presença do defensor e a publicidade do ato.

O direito do acusado à entrevista reservada com seu advogado, antes da realização do interrogatório, agora é assegurado por lei (artigo 185, §2º do Código de Processo Penal), ainda que não seja requerido pelo interessado. A redação do dispositivo legal reza que o “juiz assegurará o direito à entrevista”. A medida referida revela-se de fundamental importância, mormente quando o acusado for assistido por defensor dativo que, via de regra, anteriormente não teve contato com o seu constituinte.

¹² Art.185 do CPP – 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.

O artigo 186¹³ do Estatuto Instrumental Penal consagra o direito ao silêncio, com a ressalva que ele não importará em confissão e nem poderá ser interpretado em prejuízo da defesa. Como já esclarecido anteriormente, seria um absurdo a Constituição Federal assegurar ao réu o direito ao silêncio e a norma processual afirmar que o silêncio do acusado repercutiria em prejuízo da defesa. Insta esclarecer que, no processo penal, não existe confissão tácita, toda confissão deverá ser expressa.

O artigo 187, *caput*, do Código de Processo Penal¹⁴ estabelece duas etapas para a oitiva do acusado: interrogatório de qualificação e interrogatório de mérito.

Por interrogatório de qualificação entende-se a colheita de dados pessoais do acusado ou indiciado buscando identificá-lo civilmente (nome, estado civil, naturalidade, filiação, residência, profissão). No tocante à qualificação, não existe o direito ao silêncio, nem se admite o fornecimento de falsas informações.

Já, durante a segunda etapa, que compreende o interrogatório de mérito, cuida-se da colheita de elementos para a fixação da pena (leia-se: individualização da pena), quais sejam: vida pregressa e conduta social, no intuito, de construir o perfil do réu. No decorrer dessa fase, o acusado ou indiciado pode utilizar-se do direito ao silêncio, ou seja, poderá ficar calado e, inclusive, mentir, sem que lhe advenha qualquer consequência.

A grande novidade trazida pelo legislador, está expressa no artigo 188 do Código de Processo Penal¹⁵, que preceitua que, ao final do interrogatório “o juiz indagará das partes se restou alguma fato para ser esclarecido”. Do disposto depreende-se que é o juiz quem preside o interrogatório, sendo que as perguntas das partes são feitas por seu intermédio. Já a valoração da pertinência/relevância da pergunta fica ao arbítrio do magistrado.

¹³ Art 186 do CPP – 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.
¹⁴ Art.187, *caput*, do CPP - O interrogatório será constituído de duas partes: sobre a pessoa do acusado e sobre os fatos.

¹⁵ Art. 188 do CPP – 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.

O artigo 189 do Estatuto Adjetivo Penal¹⁶ dispõe sobre a possibilidade de o acusado admitir parte da acusação e negar a outra (confissão divisível). Tendo por premissa que o interrogatório consiste em oportunidade de defesa preceitua que o réu possa indicar provas.

É importante destacar ainda o artigo 190 do Código de Processo Penal¹⁷ que preceitua a verificação (motivos e circunstâncias) dos fatos caso o réu admita a sua autoria. Apesar da confissão ser tida como “rainha das provas”, aquele que confessa pratica um ato anormal, sendo imprescindível averiguar a idoneidade da confissão. Uma vez admitida a autoria, a autoridade competente deverá indagar se existem outras pessoas envolvidas e, caso afirmativo, quem seriam. Na hipótese do réu indicar algum envolvido estará produzindo a delação (delatar: acusar, denunciar ou revelar).

Quanto ao artigo 196 do Código de Processo Penal¹⁸, o mesmo estabelece que “novo interrogatório” pode decorrer de providência “de ofício” do magistrado ou mediante requerimento de qualquer das partes.

6.2 O Pedido de Dispensa

A Lei 9271/96 trouxe nova redação ao artigo 366 do Código de Processo Civil¹⁹.

O dispositivo legal em tela revolucionou o processo, trazendo importantes inovações, quais sejam:

- a) se o acusado, citado, não comparecer, nem constituir advogado, ficarão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional, podendo o juiz determinar a produção antecipada das provas

¹⁶ Art. 189 do CPP – Se o interrogando negar a acusação, no todo ou em parte, poderá prestar esclarecimentos e indicar provas.

¹⁷ Art.190 do CPP – Se confessar a autoria, será perguntado sobre os motivos e circunstâncias do fato e se outras pessoas concorreram para a infração, e quais sejam.

¹⁸ Art.196 do CPP – A todo tempo o juiz poderá proceder a novo interrogatório de ofício ou a pedido fundamentado de qualquer das partes.

¹⁹ Art.366 do CPC – Quando a lei exigir, como da substância do ato, o instrumento público, nenhuma outra prova, por mais especial que seja, pode suprir-lhe a falta.

consideradas urgentes e, se for o caso, decretar a prisão preventiva;

- b) se o réu constituir defensor, o processo seguirá seu trâmite mesmo que o réu decida-se por não comparecer ao interrogatório.

De acordo com o sistema legal vigente, o interrogatório é ato facultativo do réu. Na hipótese do réu ser citado por edital e não comparecer para ser interrogado, nem constituir advogado para promover sua defesa, suspendem-se o curso do processo e o lapso prescricional. Em contrapartida, se o réu é citado pessoalmente e não comparece, nem contrata advogado, declara-se sua ausência, prosseguindo o processo.

Ao contrário do que se verifica no processo civil, na esfera penal não há que se falar em revelia ou contumácia, vez que se presume a inocência do acusado até que se obtenha uma sentença condenatória com trânsito em julgado.

Como já abordado, diante do inafastável direito ao silêncio, que vantagem haveria em tornar obrigatório o comparecimento do réu? O réu poderá ausentar-se fisicamente, mas sempre estará representado por um defensor, haja vista que a defesa técnica é indeclinável.

Nos dizeres de Nucci (2007, p.509):

A indisponibilidade do direito de defesa é uma decorrência da indisponibilidade do direito à liberdade, razão pela qual o réu, ainda que não queira, terá nomeado um defensor, habilitado para a função, para o patrocínio de sua defesa (art.261 do CPP).

À luz das normas constitucionais o interrogatório é tido como direito individual do réu, sendo que o mesmo pode valer-se desta prerrogativa ou não.

Há apenas uma consequência para o fato do não comparecimento do réu: este não mais será intimado para qualquer ato do processo. Isso não implica em dizer que ele, querendo e sabendo da realização do ato referido, não possa comparecer. O não comparecimento do réu simplesmente exonera a Justiça da obrigação de chamá-lo.

Por último, insta interpretar o artigo 260 do CPP²⁰ sob o prisma da consagração do direito ao silêncio. Nesse patamar, o juiz pode determinar que se conduza o réu à sua presença, desde que dita providência tenha por razão identificá-lo e qualificá-lo. Qualquer outro motivo de condução compulsória com fins de interrogatório torna-se um constrangimento ilegal tendo em conta que vigora “o direito de permanecer calado”.

6.3 Auto-Acusação

Inicialmente, cumpre esclarecer que existe o interrogatório na etapa extrajudicial, feito na presença da autoridade policial e que se caracteriza como ato de investigação. Por outro lado, há o interrogatório da fase judicial que se caracteriza como momento de contato entre o réu e o Poder Judiciário.

O direito ao silêncio, positivado no texto constitucional pátrio deve ser respeitado tanto no interrogatório extrajudicial como no judicial.

Como já esclarecido, o interrogatório pode ser visto como meio de defesa e como fonte de prova. Como meio de defesa confere ao acusado a oportunidade de defender-se, narrando os fatos, podendo inclusive negar a autoria. Partindo da premissa que se trata de meio de prova, todos os dados e fatos oriundos do interrogatório podem influir na decisão do Estado-juiz.

A máxima de que “ninguém será obrigado a se auto-incriminar”, ou seja, o acusado não será obrigado a depor contra si, assegurou o direito ao silêncio e também o direito de fazer declarações inverídicas, falsas sem que por isso tenha que sofrer conseqüências.

Cumpre esclarecer que a garantia de permanecer em silêncio outorga ao acusado a faculdade de calar-se ou confessar. Logo, o privilégio não tem por meta coibir a confissão espontânea do réu.

²⁰ Art. 260 do CPP – 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.

Nessa mesma linha de raciocínio, o legislador infraconstitucional pode estabelecer uma benesse legal ao agente que cometer uma infração penal e confessar voluntariamente sua autoria.

Rogério Lauria Tucci (1993, p.397) esclarece que:

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

No tocante à confissão ficta, mister assinalar que, no processo penal, o silêncio do acusado jamais poderá ser interpretado em seu desfavor

7 CONCLUSÃO

Extrai-se, de todo o expandido, que o homem, como ser humano, instintivamente é gregário, nasceu para viver em sociedade e para fazer parte de um grupo social.

Ao longo do tempo, houve época em que o homem tentou viver isoladamente, tentativa essa que resultou infrutífera. Então, criaram-se tribos, agrupamentos, povos, conglomerações, sociedades, resultando, mercê da personalidade de cada qual, entreveros, disputas e lutas. Imprescindível se tornou, então, estabelecer normas e regras para a limitação de direitos e obrigações.

Partindo da premissa de que o homem é um ser eminentemente social e que o Estado deve regradar a conduta humana a fim de atingir e manter o equilíbrio social, surge a prerrogativa de punir. Contudo, o *jus puniendi* é auto limitado pelo próprio Estado, sendo que encontra barreiras na esfera individual do cidadão.

Mediante o exercício da atividade jurisdicional, o Estado confere realização prática às normas de direito substancial contidas no ordenamento jurídico, e assim o faz, através do processo, considerado instrumento da jurisdição.

A Constituição Pátria estabelece as vigas mestras do devido processo legal, garantindo, inclusive, a tutela de direitos substanciais com o intuito de impedir que os mesmos sejam restringidos de modo discricionário.

Dentre as garantias das partes litigantes emerge o direito ao silêncio, objeto deste trabalho de pesquisa.

A garantia ao silêncio do acusado outorga-lhe a prerrogativa de se expressar ou de se calar. Com efeito, a máxima “quem cala, consente” não encontra aplicação em sede de processo penal.

Não se trata somente de assegurar ao acusado o direito de permanecer calado, mas esse direito abrange, ainda, a restrição a qualquer tipo de interpretação em detrimento daquele que invocou o direito constitucional a seu favor.

Mediante o ato processual denominado interrogatório, surge, para o acusado, a oportunidade de narrar a sua versão sobre os fatos que lhe foram imputados, defendendo-se, assim, da acusação. Levando em consideração esse aspecto, o interrogatório é parte integrante do conjunto probatório e contribui para a formação do convencimento do Estado-juiz.

Apesar de se tratar de um meio de defesa, durante o interrogatório, o acusado pode permanecer calado, sendo que, de seu silêncio, não lhe advirá nenhuma consequência prejudicial. Imperioso assinalar que, na seara penal, não se admite a confissão tácita, toda confissão deve ser expressa.

À luz do ordenamento pátrio, o interrogatório é um direito individual do réu; o fato do não comparecimento desse ao interrogatório, terá como consequência a desnecessidade de intimação para os demais atos do processo. O magistrado poderá determinar que o acusado seja conduzido à sua presença somente para identificá-lo e qualificá-lo.

Cumprido esclarecer, ainda, que o direito ao silêncio deve ser observado tanto no interrogatório extrajudicial (ato de investigação), como no interrogatório judicial (oportunidade de defesa do acusado).

Somente respeitando o direito do réu ao silêncio, ou melhor, a opção do acusado ou do réu em permanecer, ou não, calado, é que se estará respeitando o ditame constitucional e promovendo, aí sim, a ampla defesa que, para ser literalmente “ampla”, necessário se faz conceder ao réu o direito que lhe é garantido pela Constituição Federal: ficar em silêncio, caso assim o deseje.

BIBLIOGRAFIA

ARANHA, Márcio Tório. **Interpretação Constitucional e as Garantias Institucionais dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2000.

AZEVEDO, David Teixeira de. **Atualidades no Direito e Processo Penal**. São Paulo: Método Editora, 2001.

BASTOS, Celso Ribeiro. MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. São Paulo: Saraiva, 1988-1989.

BASTOS, Celso Ribeiro, 1938. **Curso de Direito Constitucional**. 18 ed. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1997.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. 3 ed. São Paulo: RT, 2006.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 14 ed.rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido R. **Teoria Geral do Processo**. 3. ed.ampl. e atual., 2.tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1983.

_____. _____. 20 ed.rev. e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

COLTRO, Antônio Carlos Mathias (coord.). **Constituição Federal de 1988**: dez anos (1988 – 1998). São Paulo: J. de Oliveira, 1999.

COSTA, Paula Bajer Fernandes Martins da. **Igualdade no Direito Processual Penal Brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001 (coleção de estudos de processo penal prof. Joaquim Canuto Mendes de Almeida; v.6).

CRETELLA JÚNIOR, José, 1920. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. volume1. Rio de Janeiro: Forense Universitário, 1990.

CRUZ, Rogério Schietti Machado. **Garantias Processuais nos Recursos Criminais**. São Paulo: Atlas, 2002.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 1987.

DEMERCIAN, Pedro Henrique. MALULY, Jorge Assaf. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 1999.

DÓRO, Tereza Nascimento Rocha. **Princípios no Processo Penal Brasileiro**. Campinas: Copola, 1999.

FARIA, Cássio Juvenal. **Comissões Parlamentares de Inquérito**. 2. ed. São Paulo: Paloma, 2002.

FEIX, Luiz. NERY JR., Nelson. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Processo e Constituição**: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 2.ed.rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 25. ed.rev. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. **Direitos Humanos Fundamentais**. 4.ed.rev. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 19 ed.rev. São Paulo: Saraiva, 1992.

GOMES, Luiz Flávio. PIOVESAN, Flávia. **O Sistema Inter-Americano de Proteção dos Direitos Humanos e o Direito Brasileiro**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. **Poderes de Investigação das Comissões Parlamentares de Inquérito**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

GREVI, Vittorio. **Nemo tenetur se detegere**. Milano: Guiffè, 1972.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Interrogatório do Réu e Direito ao Silêncio**. Ciência Penal. São Paulo, v.1, 1976.

_____. **O Processo em sua Unidade.** São Paulo: Saraiva, 1978, v.3.

LIMA, Marcellus Polastri. **Provas lícitas ou ilícitas:** considerações sobre a admissibilidade da prova vedada no Processo Penal. In: Revista Síntese de Direito Penal e Processo Penal – nº. 24 – Fev./Mar.2004 – Doutrina, p.58.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Tutela Inibitória: Individual e Coletiva.** 3.ed.rev.atual e ampl. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2003.

MEDEIROS, Osmar Fernando de. **Devido Processo Legal e Indevido Processo Penal.** Curitiba: Juruá, 2000.

MIRABETE, Julio Fabrini. **Processo Penal.** 18 ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2006.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional.** São Paulo: Atlas, 2002.

_____. **Direito Constitucional.** 19 ed. São Paulo: Atlas, 2006.

_____. **Direitos Humanos Fundamentais:** teoria geral, comentários aos arts. 1º ao 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e Jurisprudência. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2003 (Coleção temas jurídicos;3).

_____. **Direito ao silêncio e Comissões Parlamentares de Inquérito.** In: Jus Navigandi. Disponível em <<http://ju2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2427>>. Acesso em 12/jul/07.

MOSSIN, Heráclito Antônio. **Curso de Processo Penal.** vol. 1. São Paulo: Atlas, 1998.

MOTA, Leda Pereira. SPITZCOVSKY, Celso. **Curso de Direito Constitucional.** 7. ed. São Paulo: Damásio de Jesus, 2004.

MOTTA FILHO, Sylvio Clemente da. SANTOS, Willian Douglas Resinente dos. **Direito Constitucional:** teoria, jurisprudência e 1000 questões. 13 ed.rev.ampl. e atual. até a Emenda constitucional nº40/2003. Rio de Janeiro: Impetus, 2003.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 6.ed.rev., atual. e ampliada. 2.tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 3.ed.rev., atual e ampl. 2.tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Interrogatório, Confissão e Direito ao Silêncio**. Disponível em <http://www.cpc.adv.br/cpc_academico/doutrina/PENAL.htm>. Acesso em 15/ago/2007.

PAULO, Vicente. ALEXANDRINO, Marcelo. **Direitos Fundamentais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2003.

PINHEIRO, Carla. **Direito Internacional e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2001.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 7.ed.rev.ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

QUEIROZ, M.M. Cristina. **Direitos Fundamentais** (Teoria Geral). Portugal: Coimbra Editora, 2002.

REVISTA, IOB de Direito Penal e Processo Penal, nº7, volume 1 a 42.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 4.ed.rev.atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 11 ed.rev. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. 17 ed.rev. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. **Comentário Contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2005.

SPITZCOVSKY, Celso. **O direito constitucional ao silêncio e suas implicações**. In: Jus Navigandi. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/imprimir.asp?id=7361>>. Acesso em 12/jul/2007.

SUANNES, Adauto. **Os Fundamentos Éticos do Devido Processo Penal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal.** 5.ed.rev. atual e aum. São Paulo: Saraiva, 2003.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro.** São Paulo: Saraiva, 1993.

ZAVARIZE, Rogério Bellentani. **A Fundamentação das Decisões Judiciais.** Campinas: Millennium, 2004.