



Centro Universitário de Brasília
Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento - ICPD

CLÁUDIA NICOLAZZI MEDEIROS DA CUNHA DELPIZZO

**O DIREITO AO SILÊNCIO E SUA INTERPRETAÇÃO PELO SUPERIOR
TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

Brasília
2010

CLÁUDIA NICOLAZZI MEDEIROS DA CUNHA DELPIZZO

**O DIREITO AO SILÊNCIO E SUA INTERPRETAÇÃO PELO SUPERIOR
TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

Trabalho apresentado ao Centro Universitário de Brasília (UniCEUB/ICPD) como pré-requisito para obtenção de Certificado de Conclusão de Curso de Pós-graduação *Lato Sensu* em Direito Penal e Processo Penal em parceria com o Superior Tribunal de Justiça.

Orientador: Prof. Msc. Álvaro Chagas Castelo Branco

**Brasília
2010**

CLÁUDIA NICOLAZZI MEDEIROS DA CUNHA DELPIZZO

**O DIREITO AO SILÊNCIO E SUA INTERPRETAÇÃO PELO SUPERIOR
TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

Trabalho apresentado ao Centro Universitário de Brasília (UniCEUB/ICPD) como pré-requisito para a obtenção de Certificado de Conclusão de Curso de Pós-graduação *Lato Sensu* em Direito Penal e Processo Penal em parceria com o Superior Tribunal de Justiça.

Orientador: Prof. MSC Álvaro Chagas Castelo Branco

Brasília, 2 de dezembro de 2010.

Banca Examinadora

Prof. Msc. Álvaro Chagas Castelo Branco

Prof^a. Dr^a. Tânia Cristina da Silva Cruz

Prof. Dr. Gilson Ciarallo

Agradeço aos meus amados Marcelo, Paulo Henrique e Guilherme, marido e filhos, por toda compreensão e apoio que deram para que mais esse objetivo fosse alcançado.

AGRADECIMENTOS

Ao meu preparado e compreensivo orientador, Professor e Mestre Álvaro Chagas Castelo Branco, por sua percuciente visão e preciosas colocações sobre o tema pesquisado.

Ao Professor e Mestre Douglas Fischer, cujas colocações e considerações ajudaram a alcançar maior compreensão sobre o empolgante assunto em exame.

Ao Professor e Doutor Gilson Ciarallo, que nos fez ter vontade de assistir às aulas de metodologia científica e, sempre disponível e prestativo, ajudou muito com seus profundos conhecimentos na adequação desta monografia às normas exigidas.

Aos servidores do setor de pesquisa de jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, pela ajuda na busca jurisprudencial realizada e material indicado para estudo, e a querida Natália Uchoa Bezerra Brandão, que colaborou na seleção dos acórdãos coletados.

RESUMO

O presente estudo tem por objetivo principal examinar e compreender o significado e amplitude dados pelo Superior Tribunal de Justiça, desde sua instalação até os dias atuais, ao direito ao silêncio, constitucionalmente garantido no art. 5º, LXIII, da CF/88, que assim dita: “O preso será informado de seus direitos, dentre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”, uma das decorrências mais conhecidas do princípio latino *nemo tenetur se detegere*, que, literalmente, significa que ninguém é obrigado a se descobrir, com especial ênfase ao preceituado no art. 186 e seguintes do Código de Processo Penal, com as modificações conferidas pela Lei 10.792/2003, que garantiu infraconstitucionalmente essa prerrogativa. Buscou-se investigar os fundamentos utilizados pelo Superior Tribunal de Justiça na construção do que entende traduzir a garantia do direito ao silêncio, e a vedação da auto-incriminação, com ênfase nos procedimentos criminais, através do exame de seus julgados desde a sua instalação, ocorrida em razão da Carta Constitucional de 1988, a fim de compreender a linha de pensamento dos magistrados que integram a Corte Superior a respeito dessa importante garantia fundamental no âmbito do processo criminal e sua evolução ao longo do tempo. Diversos foram os julgados encontrados, os quais permitiram concluir que o Superior Tribunal de Justiça, desde sua criação, vem se posicionando como um tribunal em constante evolução, ora demonstrando sua modernidade e liberalismo, ora afirmando seu conservadorismo, mas sempre preocupado com a ordem constitucional vigente e em legar ao país e aos brasileiros decisões em conformidade com o verdadeiro sentido de Justiça.

Palavras-chave: Direito ao silêncio. Interpretação e Limites. Superior Tribunal de Justiça.

ABSTRACT

The objective of this study is to understand the historical evolution of the interpretation given by the Superior Court of Justice (SCJ) to the constitutional “right to remain silent” enshrined in Article 5º, LXIII, of the Federal Constitution of Brazil of 1988, which states: “The prisoner shall be informed of his/her rights, among which are the right to remain silent and the right of having guaranteed the assistance for his/her family and the assistance of a lawyer”. Such constitutional right finds its roots in the well-known latin maxim “nemo tenetur se detegere”, which means “no man is bound to accuse himself”. This study also tries to understand the evolution of the meaning of the “right to remain silent” in light of Article 186 et seq. of the Criminal Procedural Code, as amended by Law n. 10.792/2003, which guarantees, at the infraconstitutional level, such constitutional right. This study surveys the opinions rendered by the SCJ since its creation, in 1988, on the “right to remain silent” and on the prohibition of “self-incrimination”. After analysing the various SCJ decisions on these matters, this study makes the following conclusion: that since its creation, the SCJ has been a court in constant evolution; sometimes modern and liberal, but in other times, being rather conservative in its legal interpretations. But the SCJ has always shown concern to preserving the current constitutional order and to bequeathing to the country opinions that show the true meaning of Justice.

Key words: Privilege against self-incrimination. Constitucional Right. Interpretation and limits. Superior Court of Justice.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO AO SILÊNCIO E DO PRINCÍPIO <i>NEMO TENETUR SE DETEGERE</i> NO DIREITO INTERNACIONAL E NO DIREITO PÁTRIO.....	15
2 A APLICAÇÃO DO DIREITO AO SILÊNCIO AO INTERROGATÓRIO DO ACUSADO	31
3 O DIREITO AO SILÊNCIO E A PRODUÇÃO DAS PROVAS QUE DEPENDEM DA COLABORAÇÃO DO ACUSADO	45
4 O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E SEU ENTENDIMENTO SOBRE O DIREITO AO SILÊNCIO	57
CONCLUSÃO	88
REFERÊNCIAS.....	92

INTRODUÇÃO

Com a entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, antigos direitos fundamentais foram confirmados e novos foram estabelecidos, surgindo no Brasil os primeiros contornos para a construção do que se chamou Estado Democrático de Direito.

O direito ao silêncio, estabelecido no art. 5º, LXIII, da CF/88: “O preso será informado de seus direitos, dentre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”, veio para garantir ao réu que ele não precisa mais colaborar com o Estado na busca da chamada “verdade real” no processo criminal, pois a ele está garantido que não é obrigado a “descobrir-se” (*nemo tenetur se detegere*).

A garantia disposta no art. 5º, LXIII, da CF/88, assegura ao cidadão o direito de não se auto-incriminar ou de não fazer prova contra si mesmo, já consagrada no Pacto de San Jose da Costa Rica (art. 8º, n. 2, *b*), de 22-11-1969, também conhecido como Convenção Americana de Direitos Humanos, que foi internalizado no Brasil através do Decreto 678/1992, crucial para a construção de um sistema punitivo compatível com o Estado Democrático de Direito que se pretende construir, em que, como medida de respeito a outros princípios constitucionalmente albergados e igualmente consagrados, como o da dignidade da pessoa humana, o do respeito à intimidade, à liberdade moral e à intangibilidade corporal, o réu no processo criminal não mais pode ser considerado como objeto de prova, nem seu silêncio poderá ser interpretado em seu desfavor.

Somente quinze anos após a Constituição de 1988, o Código Processual Penal adequou-se à nova ordem constitucional, com a edição e entrada em vigor da Lei 10.792, de 1º-12-2003, que deu nova redação aos arts. 185 a 196 do CPP, destacando-se o previsto no art. 186, *caput* e seu parágrafo único, que passou a ditar que: “Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, de seu direito de permanecer calado e de não responder às perguntas que lhe forem formuladas” (*caput*); e “o silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa” (parágrafo único).

A frustração da população diante da ineficácia do Poder Executivo no tocante à segurança e outras políticas públicas, com o aumento da criminalidade, e a ausência de atendimento pelo Legislativo das demandas da sociedade, que constantemente pressiona pela efetivação de soluções mais eficientes no combate ao crime, tem levado o Poder Judiciário a ser constantemente chamado a resolver conflitos coletivos sociais, e a controlar a atuação dos demais poderes políticos através de interpretações do direito, ocasionando por vezes o aprimoramento da proteção das liberdades dos indivíduos, o que é salutar, mas levando também, em outras muitas vezes, à ampliação dos poderes persecutórios e punitivos do Estado, com interpretações restritivas de garantias individuais já consagradas.

O foco do presente trabalho acadêmico está voltado para uma melhor compreensão do que o Superior Tribunal de Justiça, desde sua instalação até os dias atuais, na esteira dos julgados e orientações dadas pela Corte

Suprema do país, vem adotando para a interpretação e o alcance do direito constitucional ao silêncio, garantido no art. 5º, LXIII, da CF/88.

O interesse sobre o tema nasceu dos questionamentos pessoais em relação à amplitude que vinha sendo conferida à referida garantia fundamental, na medida em que diversos julgados, especialmente da nossa Suprema Corte, garantiam ao réu o direito de, no processo criminal, mentir (desde que a mentira ou inverdade não prejudicasse terceiros ou fosse criminosa), e não haver qualquer implicação ou consequência jurídico-processual em decorrência desse comportamento ativo (e processualmente desleal).

As modificações substanciais dadas ao significado e alcance desse direito fundamental pela Corte Suprema repercutiu e vem repercutindo nas decisões do Superior Tribunal de Justiça, dando uma nova dimensão à sobredita “busca pela verdade real” no procedimento criminal, antes erigida a um superprincípio, levando os estudiosos e aplicadores do Direito à conclusão de que não é possível, no processo penal, chegar-se realmente à *verdade dos fatos*, uma vez que a reconstrução histórica do fato criminoso pelas partes e testemunhas ao longo da instrução criminal é quase sempre defeituosa, nem sempre espelhando o que realmente ocorreu; afirma-se que, no máximo, o juiz consegue aproximar-se da chamada “verdade”, que os doutrinadores denominam “verdade probabilística” ou “verdade processual”.

Assim, importante o exame desse princípio e suas dimensões, destacando-se no presente trabalho a análise e interpretação pelo Superior Tribunal de justiça do estabelecido no art. 186 do CPP, que consagrou o direito ao silêncio no âmbito infraconstitucional-penal.

Para tanto, dividiu-se o trabalho em quatro capítulos.

No primeiro capítulo, serão tecidas algumas considerações doutrinárias sobre a evolução histórica do princípio *nemo tenetur se detegere* e do direito ao silêncio no direito estrangeiro, especialmente nos Estados Unidos e na Alemanha, até chegar ao Brasil, relacionando-o ainda a outras garantias constitucionais igualmente relevantes e diretamente envolvidas, como a da ampla defesa, a da presunção de não-culpabilidade e a do respeito à dignidade da pessoa humana.

Na sequência, no segundo capítulo, porque ao Superior Tribunal de Justiça compete interpretar a legislação infraconstitucional, importante se faz analisar a aplicação dessa garantia constitucional ao interrogatório do acusado e suas implicações, destacando-se que a prerrogativa foi confirmada no art. 186 do Código de Processo Penal, com a redação que lhe foi conferida pela Lei 10.792/2003.

No terceiro capítulo, examinou-se a aplicação do princípio nas provas que dependam da colaboração do acusado para a sua produção, distinguindo-se aquelas que implicam intervenção corporal, subdivididas nas chamadas provas invasivas (em que há introdução de substâncias ou instrumentos no organismo), para cuja produção se exige o consentimento livre e consciente do réu, e as não invasivas (em que não há interferência corporal), que dependem da colaboração passiva do acusado, e ainda naquelas que não demandam qualquer cooperação do réu para a sua obtenção.

Por fim, no quarto capítulo, o trabalho se deterá nas posturas assumidas pelos Ministros do Superior Tribunal de Justiça e as soluções por

eles encontradas quando o referido direito constitucional for admitido como violado, aqui entrando as respostas para a problemática em exame, consistentes na compreensão e dimensão dadas pelo STJ ao direito ao silêncio.

Os procedimentos metodológicos utilizados para a presente pesquisa acadêmica envolveram os conceitos teóricos acerca do direito ao silêncio e do alcance do princípio *nemo tenetur se detegere*, examinando ainda a evolução de ambos ao longo da história jurídica mundial e nacional, através das obras compiladas.

Coletamos, ainda, do banco de dados jurisprudencial disponível na página da *internet* do Superior Tribunal de Justiça, contando com a ajuda ao usuário do setor especializado dessa Corte em pesquisa de jurisprudência, os julgados que tratam sobre a matéria em estudo no âmbito do processo criminal, desde a instalação da Corte Superior até os dias atuais.

Na sequência, após as considerações doutrinárias sobre o tema, necessárias ao entendimento sobre o significado e tratamento que vem sendo conferido ao direito ao silêncio no ordenamento jurídico internacional e brasileiro – importantes para a fundamentação teórica do presente trabalho –, examinaram-se os julgados coletados, um a um, realizando verdadeiro estudo de caso, a fim de identificar e estabelecer os fundamentos e premissas utilizados pelo Superior Tribunal de Justiça na construção do que entende o Tribunal da Cidadania traduzir a garantia do direito ao silêncio, ou a vedação da auto-incriminação, destacando os que se entendeu foram os mais representativos dentre os compilados na pesquisa (os mais importantes ou paradigmáticos na construção do entendimento do direito ao silêncio).

1 A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO AO SILÊNCIO E DO PRINCÍPIO *NEMO TENETUR SE DETEGERE* NO DIREITO INTERNACIONAL E NO DIREITO PÁTRIO

Consoante já destacado anteriormente, o presente estudo tem por objetivo principal examinar e compreender o significado e amplitude dados ao direito ao silêncio, constitucionalmente garantido, pelo Superior Tribunal de Justiça, desde sua instalação até os dias atuais, com especial ênfase ao preceituado no art. 186 e seguintes do Código de Processo Penal, com as modificações conferidas pela Lei 10.792/2003, que garantiu infraconstitucionalmente essa prerrogativa fundamental.

Imprescindível, então, traçar primeiramente o panorama histórico da evolução do princípio *nemo tenetur se detegere* no mundo, importante para a compreensão das premissas sobre as quais foi se desenvolvendo e alcançou a dimensão que hoje possui o direito ao silêncio, nos diversos ordenamentos jurídicos, especialmente no brasileiro.

Segundo Maria Elizabeth Queijo¹: “O mencionado princípio [*nemo tenetur se detegere*] consolidou-se como direito fundamental, vinculado ao Estado de Direito, estritamente relacionado com outros direitos igualmente consagrados: o direito à intimidade, à liberdade moral, à dignidade da pessoa humana e à intangibilidade corporal”, destacando, ainda, que “a manifestação mais tradicional do princípio *nemo tenetur se detegere* é o direito ao silêncio”, tido como direito fundamental de primeira geração, pois inserido entre os direitos à liberdade.

¹ QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo: (o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal)*, São Paulo: Saraiva, 2003, p. 1.

Para Queijo², “o princípio *nemo tenetur se detegere* apresenta importante dimensão no processo penal, na medida em que assegura ao acusado o direito de não se auto-incriminar”. Acrescenta ainda que:

Dele se extrai o respeito à dignidade deste no interrogatório e que as provas de sua culpabilidade devem ser colhidas sem a sua cooperação. Tais considerações derivam da concepção de que o acusado não pode mais ser considerado objeto da prova na atual feição do processo penal.

Lembra a autora referida³ que “o princípio também é expresso por outras máximas latinas: *nemo tenetur edere contra se, nemo tenetur se accusare, nemo tenetur se ipsum prodere, nemo tenetur detegere turpitudinem suam e nemo testis contra se ipsum*”, respectivamente assim conceituados: ninguém é obrigado a produzir provas contra si; ninguém é obrigado a se acusar; nenhuma pessoa pode ser compelida a trair a si mesmo em público; ninguém é obrigado a revelar a sua própria vergonha; e ninguém é obrigado a ser testemunha contra si mesmo, observando que “No direito anglo-americano recente, o princípio é expresso pelo *privilege against self-incrimination*”.

Carlos Henrique Borlido Haddad⁴ observa que: “O princípio contra a auto-incriminação é um princípio de justiça universalmente acolhido” e ainda que não estivesse presente na quase totalidade dos ordenamentos jurídicos, “a maioria dos Estados consente em aplicá-lo, porque são inerentes a todos os povos o instinto de autopreservação e a correlata opção por não produzir

² Ibid., p. 1.

³ QUEIJO, op. cit., p. 4.

⁴ HADDAD, Carlos Henrique Borlido. *Conteúdo e contornos do princípio contra a auto-incriminação*. Campinas-SP: Bookseler, 1. ed., 2005, p. 89.

prova contra si mesmo”, destacando ainda que “Ele pertence àquelas regras gerais de direito a respeito das quais é difícil encontra a origem precisa”.

Continuando, Haddad⁵ afirma que se apregoa que tem raízes na Antiguidade, fazendo ver ainda que o aforismo latino *nemo tenetur prodere se ipsum* é datado do século quatro (407 a.C.) e foi atribuído a São João Crisóstomo, que proclamou que ninguém poderia ser compelido a trair a si mesmo em público.

Diana Helena de Cássia Guedes Mármora Zainaghi⁶ salienta que há inclusive referências a esse direito na lei talmúdica dos hebreus, em que a regra era que a ninguém seria permitido confessar ou ser testemunha contra si mesmo criminalmente, valendo a máxima latina *nemo tenetur se ipsum accusare* (ninguém é obrigado a se acusar), destacando que “a mais interessante e plausível explicação para a regra talmúdica contra a auto-incriminação em casos capitais” seria “de que a vida de um homem não pertenceria a ele mesmo, mas a Deus”, pelo que a “sua admissão de culpa não tinha efeito legal”, já que “a pessoa não tinha o direito de se matar e, então, não tinha o direito de confessar que cometera uma ofensa pela qual se sujeitasse à pena de morte”.

Zainaghi⁷ assevera também que há referências de que “o moderno privilégio constitucional contrário à auto-incriminação originou-se como reação aos excessos da Santa Inquisição e à *Court of Star Chamber*, séculos atrás”.

⁵ Ibid., p. 89.

⁶ ZAINAGHI, Diana Helena de Cássia Guedes Mármora. O direito ao silêncio: evolução histórica. Do talmud aos pactos e declarações internacionais. *Revista de Direito Constitucional e Internacional* n. 48. RT: São Paulo, jul-set, 2004, p. 134-135.

⁷ Ibid., p. 136-137.

Continuando, destaca a autora que o sistema acusatório foi definitivamente abandonado na Europa no século XV, passando então a ser empregado o sistema inquisitivo, que imperou até o século XIX, no qual a confissão era “a rainha das provas”, e o juiz, animado pela busca do que se chamava “verdade real”, empregava a tortura e outras formas coercitivas para obtê-la. Aqui, o interrogatório era meio de prova e o acusado, sobre quem pairava uma prévia convicção de culpabilidade, tinha a obrigação de responder às perguntas que lhe eram formuladas, não se justificando, por isso, a invocação do silêncio⁸.

A partir da segunda metade do século XVIII começa a tentativa de remoção das velhas concepções arbitrárias do Estado Absolutista, já que filósofos, moralistas e juristas passam a dedicar suas obras a censurar abertamente a legislação penal e processual penal vigente e a defender as liberdades individuais, enaltecendo principalmente a dignidade da pessoa humana, lutando para que cessassem os abusos perpetrados e para que se garantissem certos direitos individuais, como o direito ao silêncio, em face do poder estatal, positivando-os.

Era o período do Iluminismo, movimento que tinha por fundamento a razão e a observância da dignidade da pessoa humana, visando mudar o processo penal então em vigor, cujas leis inspiravam ideias e procedimentos de excessiva crueldade, priorizando os castigos corporais e a pena capital, olvidando quaisquer garantias ou prerrogativas.

O movimento teve seu apogeu com a Revolução Francesa, quando houve, por inspiração da Revolução Americana (Independência das Colônias

⁸ Ibid., p. 137.

– 1776), a aprovação pela Assembleia da França revolucionária da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em sessão realizada em 26-8-1789, preâmbulo dos ideais liberais sintetizado em 17 artigos, que, apesar de referir-se à presunção de não-culpabilidade, à garantia do devido processo legal e ao princípio da legalidade, não previa expressamente a vedação contra a auto-incriminação.

Afirma a doutrina, contudo, que “as origens do direito contra a auto-incriminação estão na Inglaterra”⁹, onde o privilégio contra auto-incriminação começou a adquirir a forma que hoje conhecemos, sob a fórmula do *privilege against self-incrimination*, em história que teve início antes mesmo da Magna Carta, de João Sem Terra, de 1215, em que se garantia ao cidadão o direito ao *due process of law* – devido processo legal.

Certo que, nas Cortes de *common law*, “até o final do séc. XVIII, para a maioria dos acusados, defender-se significava responder, pessoalmente a todos os termos da acusação”, já que não era garantido ao réu o direito a ter um advogado, devendo ele mesmo defender-se, pelo que silenciar significava renunciar a esse direito e praticamente declarar-se culpado ou auto-acusar-se, razão pela qual “Enquanto manteve-se essa exigência, não havia lugar para o *privilege against self-incrimination*”¹⁰.

Para Maria Elizabeth Queijo¹¹, “A evolução do princípio *nemo tenetur se detegere* conduziu, pouco a pouco, à exclusão de presunção de culpabilidade contra o acusado que exercesse o direito ao silêncio”.

⁹ Ibid., p. 137.

¹⁰ QUEIJO, op. cit., p. 17.

¹¹ Ibid., p. 11.

Consta que “A Magna Carta inglesa propiciou e serviu de base para o surgimento, quatro séculos mais tarde, da *Petition of Rights* de 07-06-1628, inspirada diretamente no pensamento de Edward Coke” – importante figura inglesa nas controvérsias entre a coroa e os tribunais, eleito para a Casa dos Comuns – que colaborou, com suas ideias, para que o *right to remain silent* fosse incluído naquele documento, “e também para o *habeas corpus Amendment Act* de 26.05.1679”, observando-se ainda que o *Bill of Rights* “pode ser considerado como o fechamento deste ciclo histórico de documentos ingleses, de positivação de direitos fundamentais”¹².

Mas foi somente no final do séc. XVIII e início do séc. XIX, após longo processo de reformas que visavam à substituição do procedimento inquisitivo pelo processo acusatório, quando o processo criminal sofreu transformações, admitindo a defesa por advogado (defesa técnica), a adoção do benefício da dúvida (*standard* da dúvida razoável ou a insuficiência probatória), a presunção de não-culpabilidade e o desenvolvimento da regra de exclusão de provas, que o direito de permanecer em silêncio começou a ser mais amplamente invocado e empregado, contribuindo ainda para o seu reconhecimento e utilização a extinção da *Star Chamber* e da *High Commission*, assim como a proibição, pelo Estatuto de Carlos I, de 1641, de as cortes eclesiásticas empregarem o juramento *ex officio*, também conhecido como juramento *de veritate dicenda*¹³.

O projeto de lei que deu origem ao Estatuto de Carlos I visava inibir os abusos dos tribunais eclesiásticos, que foram então proibidos de impor aos

¹² AIETA, 1999 apud ZAINAGHI, op. cit., p. 139.

¹³ QUEIJO, op. cit., p. 18.

acusados qualquer juramento que implicasse em confissão ou auto-acusação de delito.

Lembra Ada Pellegrini Grinover¹⁴ que “o *Criminal Evidence Act*, de 1898, reconhece ao acusado, no curso do processo, o direito ao silêncio e a faculdade de depor informalmente”; assim como “a faculdade de depor como testemunha de defesa, sob juramento e sujeito aos riscos da *cross examination* (contrapova)”, o que, segundo a autora, acabou “por tirar valor às declarações prestadas informalmente, lançando suspeitas sob o réu que não utiliza a faculdade de depor como testemunha”, o que findou por fazer a garantia do direito ao silêncio perder parte de seu valor original no processo penal inglês.

Guilherme de Souza Nucci registra, ainda, que, “através do *Criminal Justice an Public Order Act* (CJPOA), de 1994, atenuou-se o direito ao silêncio, extraindo algumas consequências quando de sua utilização pelo réu”¹⁵, lembrando Leonard W. Levy¹⁶ que de acordo com a jurisprudência inglesa, o direito ao silêncio existe tão somente em relação à auto-incriminação compulsória, sendo a confissão voluntária considerada ainda como a melhor evidência probatória, resultando a alegação de culpa em sentença condenatória, sendo que “o acusado vai a julgamento somente se alegar inocência”, quando não poderá prestar testemunho contra si mesmo, salvo se voluntariamente, oportunidade em que renunciará ao seu direito de permanecer calado e poderá ser contra-interrogado.

¹⁴ apud ZAINAGHI, op. cit., p. 139.

¹⁵ apud ZAINAGHI, op. cit., p. 140.

¹⁶ LEVY, 1999 apud ZAINAGHI, op. cit., p. 140.

Mas foi nos Estados Unidos da América que o *privilege against self-incrimination* se desenvolveu mais rápida e amplamente, “tornando-se direito constitucional nos anos 1770”, mais precisamente, em 12-6-1776, com a Declaração de Direitos da Virgínia, que serviu de modelo para outras constituições e instituiu que o acusado em procedimento criminal não poderia ser compelido a dar evidências contra si mesmo (*nemo tenetur prodere se ipsum*), sendo que o privilégio foi reconhecido inicialmente não como um direito autônomo, mas como parte de garantias individuais, e como não foi adotado nas declarações de direitos de outros Estados da Federação, como Carolina do Sul, Geórgia, Nova Jersey e Nova York, “sugeriu-se, na convenção de 1778, que o *bill of rights* federal incluísse a previsão de que *‘in all criminal prosecutions, the accused... should not be compelled to give evidences against himself’*”¹⁷.

Daí para a sua inclusão na Quinta Emenda da Constituição dos Estados Unidos da América, de 15-11-1791, foi um passo rápido, mas inicialmente o direito à não auto-incriminação era aplicável somente no âmbito da jurisdição federal, sendo julgado (pela jurisprudência estadunidense) aplicável perante a Justiça de todos os estados da federação apenas quando introduzida a 14ª Emenda, em 1868, que incorporou à Constituição dos EUA as cláusulas do devido processo legal e da igualdade perante a lei, sendo importante anotar que a Suprema Corte dos EUA, a princípio, resistiu a adotar esse entendimento¹⁸.

¹⁷ QUEIJO, op. cit., p. 21

¹⁸ BOTTINO, Thiago. A doutrina brasileira do direito ao silêncio: O STF e a conformação do sistema processual penal constitucional. Disponível em http://www.iabnacional.org.br/article.php3?id_article=92. Acesso em: 28 ago. 2010.

Consta que, embora sejam dos séculos XVIII e XIX, a 5ª e a 14ª Emendas somente foram aplicadas efetivamente nos anos 60, quando houve nos EUA uma campanha pela igualdade dos direitos civis, conhecida como *civil rights movement*, sendo que a vedação à auto-incriminação foi reconhecida como direito fundamental para todo cidadão estadunidense com o julgamento do emblemático caso *Miranda vs Arizona*, de 1966¹⁹.

No *leading case* apontado, a Suprema Corte estabeleceu que: a) a garantia da 5ª emenda era exigível tanto em procedimentos judiciais como policiais; b) que tudo que o acusado disser sob coação em razão de prisão policial não pode ser considerado em procedimento criminal; c) que o acusado deve ser informado de que: 1) tem o direito de permanecer calado (*the right to remain in silence* ou *the right to remain silent*); 2) que tudo que disser poderá ser usado contra ele em processo criminal; 3) que tem o direito de conversar com um advogado antes de ser interrogado e de tê-lo presente durante o ato; e 4) que se não puder pagar um causídico, terá direito a um defensor público.

Surgia o famoso *Miranda's Rules* ou *Miranda's Warning* ou “Aviso de Miranda”, que se tornou muito popular nos Estados Unidos e mundialmente dada a predileção americana por filmes e seriados policiais, em que o aviso era, e continua sendo, constantemente repetido.

Observa Bottino²⁰ que nos EUA “em momento algum se admite que o acusado preste um depoimento que não seja verdadeiro”, já que entendem os americanos que “o direito ao silêncio compreende apenas uma postura de

¹⁹ Ibid.

²⁰ Ibid.

inação e o fato do exercício desse direito não poder ser interpretado em desfavor do indivíduo”, lembrando que, lá, entende-se que, “caso o acusado resolva prestar depoimento, deverá fazê-lo sob compromisso de dizer a verdade, sujeitando-se ao crime de falso testemunho (perjúrio) caso omita fatos ou preste declaração falsa”.

Julgado no mesmo ano, o caso *Schmerber vs. California*, foi importante para fixar os limites da garantia contra a auto-incriminação na jurisprudência dos Estados Unidos, na medida em que a Suprema Corte americana decidiu que o sangue retirado das veias do acusado sem o seu consentimento não violava a garantia, que se entendeu estava limitada exclusivamente ao direito de não ser o réu compelido ou coagido a fornecer declarações ou depoimentos, ou outras manifestações de natureza comunicativa, seja oral ou escrita, que pudessem incriminá-lo.

Com o passar dos anos, a Suprema Corte americana limitaria ainda mais a garantia em questão, ao deliberar: a) que as declarações feitas na fase policial, sem prévia ciência do direito ao silêncio, poderiam ser utilizadas contra o réu, caso depusesse em juízo após o compromisso de dizer a verdade – caso *Harris vs. New York*, 1971; b) a possibilidade das declarações espontâneas do preso, antes da ciência do direito, serem utilizadas como prova válida – caso *Rhode Island vs Innis*, 1980; c) a inexigibilidade de que o suspeito estivesse de posse de suas plenas capacidades mentais ao abdicar do direito ao silêncio – caso *Colorado vs. Connelly*, 1986.

Importante referência no tocante ao direito ao silêncio e à garantia contra a auto-incriminação está também no direito alemão, em que, embora não esteja expressamente prevista na Constituição, foi construída pela

doutrina local em cima das seguintes premissas constitucionais: a supremacia da dignidade da pessoa humana; o direito ao livre desenvolvimento da personalidade; e a proibição de afetação do núcleo essencial de um direito (no caso, o direito à personalidade, cujo núcleo é a dignidade da pessoa humana, intangível, segundo os alemães).

Para Bottino²¹, “A feição dessa garantia atribuída pela doutrina e legislação alemãs, filtradas por meio da jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão, considera que o indivíduo é titular de uma liberdade de declaração, não podendo sofrer qualquer tipo de perturbação no exercício de seu direito de livre manifestação”, pelo que o interrogatório é momento em que poderá defender-se “e, eventualmente, prestar declarações que não sejam verdadeiras”, as quais, contudo, poderão ensejar a elevação de sua pena, caso reconhecido que mentiu (a mentira do acusado, no direito alemão, então, não é um indiferente penal).

Observa Bottino²² ainda que, como nos EUA, somente as declarações que estejam ligadas diretamente à livre formação de vontade do acusado e sua expressão na forma comunicativa é que estão abrangidas pelo direito ao silêncio, de molde que “a obrigatoriedade de colaboração do indivíduo na produção de provas que possam incriminá-lo é admitida no ordenamento alemão como, por exemplo, a obtenção de amostras de sangue ou tecidos”, ressaltando que, tal qual nos EUA, o titular do direito é o acusado extra e judicialmente, assim como a testemunha, exigindo-se, em quaisquer casos, que o indivíduo seja previamente cientificado do direito de que não está

²¹ Ibid.

²² Ibid.

obrigado a dizer a verdade, sendo-lhe ainda garantida a prerrogativa de se fazer acompanhar por advogado durante o interrogatório e que possa aconselhar-se com ele antes de ser ouvido.

Questão divergente entre os dois ordenamentos jurídicos – Alemão e Estadunidense – diz respeito à possibilidade de utilização de declarações do acusado por meio de comportamentos maliciosos dos policiais, quando buscam obter provas informais contra aquele para serem utilizadas como prova no processo criminal.

No Direito Americano esse comportamento já foi considerado inconstitucional, por ocasião do julgamento do caso *Bram vs. Unites States*, de 1987, mas na Alemanha a matéria ainda não se encontra pacificada, apresentando o Tribunal Supremo Federal duas posições distintas: a) uma primeira considerando proibido o comportamento dos policiais e inválidas as declarações obtidas de forma artificiosa ou engenhosa por parte dos policiais; e b) uma segunda, entendendo que o direito a não auto-incriminação protegia o acusado apenas quando houvesse coação por parte dos policiais para que as declarações fossem prestadas.

O caso foi levado à Grande Sala da Corte Federal Alemã, que inicialmente decidiu que não se poderia interpretar restritivamente o direito ao silêncio, abrangendo a garantia a prerrogativa de não confessar um crime em razão de uma indução a erro pelos policiais, mas, contraditoriamente, também afirmou que o interrogatório por artil poderia ser empregado em casos de grande relevância e que exigissem esse tipo de procedimento investigativo

por parte da polícia. A questão não foi levada ao Tribunal Constitucional Federal Alemão, “porque o recurso foi inadmitido por questões formais”²³.

Também a Corte Europeia de Direitos Humanos, apesar de o direito ao silêncio não estar expressamente previsto na Convenção Europeia de Direitos Humanos, ao longo dos anos incorporou a garantia contra a auto-incriminação, sendo que o primeiro julgamento que merece notícia em relação ao direito ao silêncio foi o caso *Funke vs. França*, de 1992, em que a Corte estabeleceu que o indivíduo deve estar protegido de qualquer ação tendente a exigir sua cooperação para investigação criminal conduzida contra si, incluído o depoimento ou entrega de documentos em seu poder que poderiam ser obtidos de outra forma pelo Estado.

Em seguida tem-se o caso *Saunders vs. Reino Unido*, de 1996, em que se deliberou que esse mesmo direito não abrange a utilização no processo penal de evidências que existam independentemente de sua vontade, tais como amostras de sangue, de urina, de hálito ou de tecidos corporais para exame de DNA, que possam ser obtidas mediante o recurso a poderes coercitivos, como um mandado judicial, por exemplo.

“Essas premissas foram posteriormente reafirmadas em outros julgamentos da CEDH” – Corte Europeia de Direitos Humanos²⁴.

No Direito Brasileiro, a observância da garantia do *nemo tenetur se detegere*, de acordo com a majoritária doutrina, tem hierarquia constitucional²⁵ ²⁶, pois embora não prevista expressamente em nossa

²³ BOTTINO, op. cit.

²⁴ Ibid.

²⁵ QUEIJO, op. cit., p. 65.

Constituição Federal, foi estabelecida no art. 14, n. 3, alínea *g*, do Pacto Internacional sobre Direitos Civil e Políticos, adotado pela ONU em 1966, que expressamente dispõe que toda pessoa acusada de um crime tem o direito de “não ser obrigada a depor contra si mesma nem a confessar-se culpada”, e também no art. 8º, parágrafo 2º, alínea *g*, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 1969, que estabeleceu o direito do acusado de não ser obrigado a depor contra si mesmo, nem a declarar-se culpado, tratados internacionais que foram ratificados pelo Brasil através dos Decretos n. 592 e 678, respectivamente, ambos de 1992.

O direito ao silêncio, por seu turno, uma das decorrências mais conhecidas do princípio latino *nemo tenetur se detegere*, como apontado, apesar de estar previsto desde 1941 no ordenamento infraconstitucional brasileiro, já que o Código de Processo Penal disciplinava, em seu art. 186, com a redação que lhe conferia o Decreto-lei n. 3.689/41, que: “Antes de iniciar o interrogatório, o juiz observará ao réu que, embora não esteja obrigado a responder às perguntas que lhe forem formuladas, o seu silêncio poderá ser interpretado em prejuízo da própria defesa”, somente foi erigido à garantia fundamental no Brasil com a Constituição de 1988, que prevê em seu art. 5º, LXIII, que: “O preso será informado de seus direitos, dentre os

²⁶ Importante observar, nesse ponto, que embora Maria Elizabeth Queijo afirme que a garantia contra a auto-incriminação possui *status* constitucional, de acordo com o Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do HC 87.585/TO, relator o Ministro Marco Aurélio, as convenções e tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário têm, na verdade, *status* de *superlegalidade* ou *supralegalidade*; vale dizer, estão hierarquicamente acima das normas federais, já que teriam o condão de paralisar a eficácia das leis federais com eles conflitantes, mas jamais natureza de norma constitucional, salvo se o legislador federal brasileiro assim o quiser, aprovando-os na forma prevista no art. 5º, § 3º, da CF/88, quando, então, terão *status* de emendas constitucionais. Relevante salientar, outrossim, que a posição da autora foi a defendida pelo Ministro Celso de Mello quando do julgamento do referido *habeas corpus*, que conferia natureza material constitucional aos tratados e convenções aprovados pelo Brasil antes da Emenda Constitucional 45/2004, por força do estabelecido no art. 5º, § 2º, da CF/88.

quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”.

Assim, embora antes da Constituição Federal de 1988 fosse garantido ao réu ou acusado o direito de silenciar quando interrogado, seu silêncio poderia ser interpretado negativamente; isto é, poderia servir para que se concluísse pela sua culpabilidade, pelo que, segundo Maria Elizabeth Queijo:

Não se pode afirmar, assim, que era reconhecido o direito ao silêncio no Código Processual Penal de 1941. O acusado simplesmente não era compelido a responder às indagações formuladas no interrogatório. Entretanto, do silêncio poderiam advir consequências em seu desfavor.²⁷

Vigia, ao que parece, a presunção de culpabilidade nos casos em que o réu silenciasse, e não o contrário, razão pela qual realmente não se pode afirmar que o direito ao silêncio era admitido em toda sua amplitude antes da Constituição Federal de 1988, e, posteriormente, com a nova redação dada ao art. 186 e seguintes do Código de Processo Penal, com as modificações conferidas pela Lei 10.792/2003, que veio para conformar o processo penal à já existente prerrogativa fundamental ao silêncio, não mais permitindo que o calar do interrogado fosse interpretado em prejuízo de sua defesa.

Veja-se a nova redação conferida ao art. 186 do CPP pela Lei 10.792/2003:

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

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

²⁷ QUEIJO, op. cit., p. 105.

Certo que referida lei não revogou expressamente o art. 198 do CPP, que continua dispondo que: “O silêncio do acusado não importará confissão, mas poderá constituir elemento para a formação do convencimento do juiz”.

Contudo, a atual doutrina tem pregado que, como tal dispositivo está em flagrante dissonância com o regramento constitucional (antes já se dizia que referido dispositivo não havia sido recepcionado pela Constituição Federal), com a nova redação do art. 186 do CPP, afirma-se que houve revogação tácita da mencionada norma pela Lei 10.792/2003; ou seja, embora vigente, o art. 198 do CPP não tem mais qualquer validade²⁸.

Assim, constata-se que, embora tardiamente, já que a inclusão do direito ao silêncio no ordenamento constitucional nacional somente foi garantida, expressamente e sem qualquer consequência negativa em razão do seu exercício, no século XX, representa importante conquista no campo dos direitos e garantias individuais, já que permite a todo cidadão acusado de um crime o direito de calar sobre os fatos que lhe são imputados, vedando, via de consequência, a utilização de métodos violentos, coercitivos ou mesmo artificiosos pelas autoridades estatais na apuração dos fatos, prática comum em períodos ditatoriais, nem um pouco compatíveis com o Estado Democrático de Direito.

²⁸ OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de; FISCHER, Douglas. *Comentários ao código de processo penal e sua jurisprudência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p.388.

2 A APLICAÇÃO DO DIREITO AO SILÊNCIO AO INTERROGATÓRIO DO ACUSADO

A consagração do direito ao silêncio está no art. 5º, LXIII, da CF/88, e “embora a dicção apressada desse dispositivo possa levar a uma indevida compreensão” do seu alcance, limitando-se ao preso ou custodiado, a doutrina, assim como a jurisprudência, consagraram o entendimento de que “sua aplicação é irrestrita para as hipóteses de réu solto ou preso, indiciado em inquérito policial e congêneres ou mesmo ao autuado em flagrante delito”²⁹.

Isto é, aplica-se a todo aquele que for acusado de cometer algum ilícito, seja criminal, civil ou administrativo, e até mesmo à pessoa jurídica, que pode ser réu em delitos ambientais, devendo, portanto, ser observado tanto na fase policial como na judicial, em se tratando de procedimento criminal, sob pena de nulidade absoluta, por violação a direitos fundamentais, constitucionalmente albergados e igualmente consagrados, como o da dignidade da pessoa humana, o do respeito à intimidade, à liberdade moral e à intangibilidade corporal, o da ampla defesa, e ainda o da presunção de não-culpabilidade.

Assim, para a validade das declarações prestadas pelo acusado, seja na fase investigatória, formal ou informalmente, seja judicialmente, sob o crivo do contraditório, é imprescindível que seja o cidadão, suspeito, indiciado ou acusado, previamente advertido de que tem as seguintes prerrogativas, asseguradas no art. 5º, LXIII, da CF/88: a) o direito de permanecer calado;

²⁹ SILVA, Amaury. *Interrogatório: panorama segundo a Lei 10.792/2003*: Mizuno: SP, 2006, p. 127.

b) o direito à assistência da família; c) o direito de ser assistido por advogado, destacando-se que a falta de tal advertência é causa de nulidade absoluta do ato, segundo a doutrina, como acima já apontado³⁰.

Como lembra Maria Elizabeth Queijo³¹: “A manifestação mais difundida, no processo penal, do princípio *nemo tenetur se detegere* é o direito ao silêncio do acusado, que ganha relevo no momento do interrogatório.”

Queijo³² observa ainda que “no modelo inquisitório, na qual as funções de acusar, defender e julgar estavam reunidas num só órgão, a tendência era a busca de provas por meio do acusado”, ou com sua cooperação. Nesse modelo, típico de sistemas autoritários, não se reconhecia o direito ao silêncio e o acusado era obrigado a dar sua versão dos fatos, mesmo que para tanto fosse necessário o emprego de força, inclusive cruel, como a tortura, não podendo, por isso, de forma alguma calar, tudo a fim de chegar-se à *verdade dos fatos*. Buscava-se a qualquer preço a confissão, pois era decisiva para o resultado do processo. O acusado, então, nesse modelo, era objeto de prova.

Salienta Queijo que:

Somente com a evolução do processo penal, no modelo acusatório, que se inclina a prescindir do conhecimento do acusado e, especialmente, com a desconsideração do acusado como objeto de prova, é que se pode cogitar da incidência do princípio *nemo tenetur se detegere* e, conseqüentemente, do reconhecimento do direito ao silêncio.³³

Assim:

De um processo penal inquisitivo, que concebia o acusado como mero objeto de prova – que devia confessar a prática do crime para

³⁰ TOVIL, op. cit., p. 92-93.

³¹ Ibid., p. 82.

³² Ibid., p. 82-83.

³³ Ibid., p. 84.

facilitar a tarefa do juiz/acusador -, passou-se ao sistema acusatório, cuja característica principal reside na divisão de poderes entre o órgão oficial encarregado da persecução penal, de um lado, e de outro o réu que resiste à demanda, exercendo amplamente o direito de defesa. Intermediando ambos, posiciona-se o magistrado, que deve limitar-se a julgar com imparcialidade.³⁴

A Constituição Federal e o Código de Processo Penal pátrios, como já destacado no capítulo anterior, em observância aos princípios da intimidade, da dignidade da pessoa humana, da ampla defesa e da presunção de não-culpabilidade, asseguram aos acusados em geral (diga-se, em quaisquer procedimentos) o direito ao silêncio, ou o direito de calar, para evitar auto-acusar-se ou auto-incriminar-se, sem que isso implique confissão ou prejuízo para sua defesa.

Atualmente é exclusiva do Estado, no procedimento criminal, a obrigação de amealhar provas contra o acusado, que não mais pode ser visto como objeto de prova, como era quando do sistema inquisitivo, sendo o interrogatório, assim, considerado modernamente (no modelo de processo acusatório) como meio de autodefesa, e não mais apenas como “meio de prova”.

Veja-se a doutrina de Ada Pellegrini Grinover:

Do direito ao silêncio, consagrado em nível constitucional, decorre logicamente a concepção do interrogatório como meio de defesa. Se o acusado pode calar-se, não mais é possível forçá-lo a falar, nem mesmo por intermédio de pressões indiretas, é evidente que o interrogatório não pode mais ser considerado ‘meio de prova’, não é mais pré-ordenado à colheita de prova, não visa *ad veritatem quaerendam*. Serve, sim, como meio de autodefesa.³⁵

Ainda de acordo com a citada autora:

³⁴ TOVIL, Joel. A proteção contra a auto-acusação compulsória aplicada à persecução penal. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, n. 22, fev-mar. 2008, p. 86-114.

³⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. O interrogatório como meio de defesa (lei 10.792/2003). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 53, mar-abr. 2005, p. 185-200.

[...] a correta conceituação do interrogatório – em face da doutrina, primeiro; em face da Constituição, depois, e, mais tarde, pela incorporação do Pacto de São José da Costa Rica ao ordenamento brasileiro – é a de que constitui meio de defesa, que – se e conforme o acusado falar – pode eventualmente servir como fonte de prova.³⁶

Eugênio Pacelli de Oliveira e Douglas Fischer, tratando da natureza do interrogatório, na mesma linha, observam:

De uma coisa não se duvida mais: o interrogatório é meio de defesa, com o que não se pode mais exigir o comparecimento do acusado ao referido ato, ao menos para essa específica finalidade.

No entanto, embora essencialmente seja um meio de defesa, ele (interrogatório) pode-se comprovar um efetivo meio ou fonte de prova, como aliás, qualquer outra modalidade probatória reconhecida pelo ordenamento. É dizer: o depoimento prestado pelo acusado ainda quando destinado – originária e intencionalmente – a favorecer os interesses defensivos poderá ser considerado em desfavor do réu, se ele, não exercendo o direito ao silêncio, apresentar versão contrária aos seus interesses. [...]. Se é verdade que o silêncio não pode ser considerado, posto que dele nada se pode extrair – por determinação constitucional, inclusive – a eloquência e a loquacidade, sobretudo quando mal utilizada, podem.³⁷

Nesse contexto, para os citados autores, embora o interrogatório tenha natureza de autodefesa, também pode ser considerado meio de prova, já que tudo que é dito no interrogatório integra o material probatório posto à disposição do juiz através do processo criminal, não havendo, assim, como desconsiderar os dizeres do réu quando do julgamento da ação penal, no caso de não se utilizar do direito de permanecer calado ou de utilizar-se deste direito somente parcialmente.

Contudo, como ressalta Queijo³⁸, “há quem sustente que o interrogatório somente pode ser tido como meio de prova em relação a terceiros”, não podendo as declarações do réu, quando resolve dar sua

³⁶ Ibid., p. 187.

³⁷ *Comentários ao código de processo penal e sua jurisprudência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 364.

³⁸ Ibid., p. 87.

versão sobre os fatos, ser considerada em seu desfavor ou para aferir sua culpabilidade.

A autora bem aponta que, nos ordenamentos jurídicos em que se admite o interrogatório como meio de prova, como no sistema norte-americano, “reconhece-se o valor probatório das declarações prestadas pelo acusado”, podendo-se inclusive ouvir o réu sob o juramento de dizer a verdade, se ele assim desejar, quando passará a ostentar o *status* de testemunha, não podendo, por isso, mentir, sob pena de cometer o crime de perjúrio ou falso testemunho, atribuindo-se, portanto, maior valor aos seus dizeres³⁹.

Nos sistemas em que se considera o interrogatório meio de defesa, Queijo⁴⁰ consigna que o seu valor é pequeno, sobretudo nos ordenamentos em que não se admite o juramento, como no brasileiro, pois não está obrigado a dizer a verdade, admitindo-se inclusive que, sob o pálio do direito ao silêncio, possa mentir sobre os fatos que lhe são imputados, lembrando, contudo, que caso haja confissão, a esta não se dá valor absoluto ou de verdade provada, devendo sempre ser sopesada em conjunto com as demais provas coletadas, consoante o descrito no art. 197 do CPP.

A doutrina nacional⁴¹ confere igual tratamento à denominada “chamada ou chamamento do corréu”, também conhecida como delação ou “imputação do corréu”, atribuindo-lhe valor somente quando em consonância com o restante do elenco probatório produzido, pois, nesse caso, o depoimento há

³⁹ Ibid., p. 87.

⁴⁰ Ibid., p. 89

⁴¹ QUEIJO, op. cit., p. 95-96.

de ser valorado como o de uma testemunha que não presta compromisso legal de dizer a verdade, devendo os dizeres, na hipótese, ser considerados com reservas, sendo reduzido seu valor quando isolada ou especialmente quando o acusado, imputando o delito à terceiro, tenta eximir-se da responsabilidade criminal.

A majoritária doutrina pátria, ressaltando que o interrogatório é constituído de duas partes – uma sobre a pessoa do acusado, também conhecido como interrogatório de qualificação, e outra sobre os fatos criminosos que lhe são imputados, ou interrogatório de mérito – também é unânime em afirmar que o direito ao silêncio, e mesmo o princípio *nemo tenetur se detegere*, somente teriam incidência sobre a segunda parte do interrogatório – a de mérito, ou referente aos fatos criminosos –, observando que, “se o direito ao silêncio está relacionado ao direito de defesa, e se o agente só se defende dos fatos, é evidente que não poderia abranger as declarações relativas à sua vida pregressa e identificação”⁴², pois, segundo Maria Elizabeth Queijo, “a correta identificação do acusado é elementar para a adequada persecução penal, evitando inclusive que os dados pessoais de terceiros sejam fornecidos indevidamente pelo acusado”⁴³, o que poderia ocasionar dano a outrem ou levar a um erro judiciário.

Idêntica é a ensinança de Ada Pellegrini Grinover:

As perguntas sobre a qualificação do acusado não estão acobertadas pelo direito ao silêncio, porquanto em sua resposta não se caracteriza qualquer atividade defensiva. O art. 187 e seus parágrafos do CPP, na redação dada pela Lei n. 10.792/03, traçam

⁴² COUCEIRO, João Claudio. *A garantia constitucional do direito ao silêncio*. São Paulo: RT, 2004, p. 210.

⁴³ *Ibid.*, p. 95-96.

bem essa distinção, assentando que o interrogatório será constituído de duas partes: sobre a pessoa do acusado e sobre os fatos⁴⁴.

No mesmo norte são as lições de João Claudio Couceiro, de Maria Thereza Rocha de Assis Moura e Maurício Zanoide Morais e de Antonio Bento de Faria⁴⁵.

Resumindo, segundo a doutrina dominante, o acusado pode silenciar apenas quanto aos fatos criminosos que lhe são atribuídos e suas circunstâncias, ou seja, quando do interrogatório de mérito, não lhe sendo possível, contudo, calar no tocante à sua qualificação, devendo responder às perguntas que lhe são formuladas, sob pena de crime de desobediência; nem mesmo que lhe é facultado mentir ou fornecer dados falsos quanto à sua identificação, também sob pena de cometer crime (arts. 304 ou 307 do CP, conforme o caso).

Contudo, não é assim que a jurisprudência tem orientado, inclusive a do Superior Tribunal de Justiça, já que, sob a tutela do art. 5º, LXIII, da CF/88, vem considerando atípica a conduta do acusado que, preso em flagrante, dá à autoridade policial nome falso, mentindo quanto à sua verdadeira qualificação para esconder seus antecedentes criminais⁴⁶.

Interrogado quanto ao mérito, o acusado pode escolher falar sobre os fatos delituosos, silenciar totalmente ou calar apenas parcialmente.

Falando, caso confesse ou delate terceiro, como visto, suas palavras serão valoradas em conformidade com as demais provas coletadas, não se

⁴⁴ GRINOVER, 2004 apud TOVIL, op. cit., p. 98.

⁴⁵ COUCEIRO, 2004, MORAIS e MOURA, 1994, FARIA, 1960 apud TOVIL, op. cit., p. 98.

⁴⁶ Cf., nesse norte, os seguintes julgados: REsp 204.218/MG; REsp 471.252/MG; REsp 310.013/SC; HC 36.849/DF; HC 46.747/MS; HC 30.552/MS; HC 88.998/RS; HC 23.372/SP; HC 101.391/MS; HC 81.926/SP, dentre tantos outros.

atribuindo valor absoluto à confissão, nem peso elevado à chamada do corréu, especialmente quando desta última se infira a intenção do interrogado de se eximir da responsabilidade penal, lançando toda culpa no corréu ou em terceiro, como já apontado.

Silenciando totalmente, esse seu calar não poderá de forma alguma ser utilizado em prejuízo de sua defesa; vale dizer, nada justificará “qualquer convencimento judicial baseado no silêncio do acusado”, pois “Quaisquer que sejam as razões da escolha (do silêncio) o que importa é que o Estado não estará autorizado a emitir juízo de convencimento sobre ela”, uma vez que “A prova penal há de ser *provada* e não *pressuposta* ou *suposta*.”⁴⁷

Calando apenas em parte, isto é, se o interrogado silenciar apenas em relação a algumas perguntas que lhe forem formuladas, o que é permitido no ordenamento nacional, diversamente do que ocorre no direito estadunidense, em que, resolvendo falar, o acusado faz o juramento do dizer a verdade, sendo ouvido como se testemunha fosse, sujeito ao *cross examination*, respondendo por falso testemunho ou perjúrio, caso minta ou falte com a verdade, aqui o réu poderá inclusive mentir, correndo, contudo, o risco de apresentar versão que poderá vir a ser considerada inverossímil ou despida de qualquer credibilidade, e, como observam Pacelli e Fischer:

[...] Pior. Poderá se voltar contra ele, dado que a inconsistência narrativa, sobretudo em relação ao tempo e lugar e demais circunstâncias relevantes dos fatos, poderá conduzir até mesmo a uma confissão, indireta que seja. [...] A autodefesa ativa permite a contribuição efetiva do réu, pessoalmente, em seu favor. Os riscos, no entanto, existem. Confissões nem sempre são voluntárias; mas podem ser espontâneas, obtidas até mesmo contra a vontade originária na atuação defensiva⁴⁸.

⁴⁷ OLIVEIRA; FISCHER, op. cit., p. 373.

⁴⁸ Ibid., p. 373-374.

Ainda segundo os citados doutrinadores, após a reforma processual introduzida pela Lei 11.719/2008, que unificou a instrução criminal, colocando o interrogatório como último ato instrutório, o direito de o acusado não comparecer ao interrogatório provavelmente não mais será discutido pela doutrina e jurisprudência, não obstante permanecer vigente o previsto na primeira parte do art. 260 do CPP, que permite a condução coercitiva do acusado, caso necessário, defendendo que:

Como quer que seja, [...], desde a Constituição de 1988, não há qualquer obrigatoriedade de comparecimento do acusado ao ato de interrogatório. Direito ao silêncio significa livre escolha quanto ao exercício ou não de meio específico de prova da defesa. Não se pode, por isso mesmo, exigir que o réu compareça em juízo, unicamente para ali manifestar seu desejo de não participação⁴⁹.

Em comentários ao art. 260 do CPP, os citados autores consignam que: “No entanto, permanece vigente e válida a exigência de comparecimento do acusado para fins de produção da prova testemunhal ou mesmo para a inquirição do ofendido”, situações em que não haveria violação a direitos fundamentais do réu, nem à garantia do direito ao silêncio⁵⁰.

Por fim, cumpre registrar que, qualquer que seja a qualificação técnica dada pelo órgão investigante ao ouvido, seja indiciado, réu, declarante, informante ou mesmo testemunha, como ocorre muito nas comissões parlamentares de inquérito e em inquéritos policiais, em que se intimam pessoas, suspeitas ou não, para colaborar com a apuração dos fatos, “a condição e a posição pessoal do depoente diante dos fatos, sob a perspectiva de uma eventual responsabilidade criminal”, autoriza a invocação do direito ao silêncio, a fim de evitar possível auto-incriminação, mas, “Obviamente, há

⁴⁹ OLIVEIRA; FISCHER, op. cit., p. 374.

⁵⁰ OLIVEIRA; FISCHER, op. cit., p. 503.

que se examinar tais questões em cada caso concreto, a fim de se aferir tratar-se do direito ao silêncio ou de silêncio proibido pelo dever de depor (art. 203, CPP)⁵¹.

Questão interessante é sobre a possibilidade de, sob o pálio do princípio *nemo tenetur se detegere*, o acusado mentir quando interrogado.

A doutrina diverge.

De acordo com Maria Elizabeth Queijo:

[...] a inexistência da obrigação de dizer a verdade é outra decorrência do *nemo tenetur se detegere*. Em razão dele, de um lado, afasta-se o juramento e, conseqüentemente, a observância desse dever pelo acusado. E, de outro, excluem-se as sanções que possam ser impostas a ele por faltar com a verdade.

[...]

Destaca-se que, com o juramento, o acusado ficaria submetido a um cruel dilema: faltar com a verdade, cometendo perjúrio, ou auto-incriminar-se.

[...]

A eventual mentira e a reticência do acusado não poderão ser valoradas pelo juiz, como indícios de culpabilidade, porque nada mais são do que a expressão do direito a não se auto-incriminar. A vinculação da mentira e da reticência do acusado à culpabilidade associa-se, indubitavelmente, à ideia de que o inocente tem todo interesse em dar diretas e amplas explicações sobre o fato delituoso e de que, aquele que mente ou mantém uma postura reticente, no interrogatório, o faz porque não tem elementos a aduzir em sua defesa. Tal posicionamento, além de confrontar diretamente com o *nemo tenetur se detegere*, é contestado amplamente pela psicologia judiciária.

Desse modo, a mentira e a reticência não podem ser consideradas indício de autoria e culpabilidade, conduzir ao agravamento da pena e tampouco servir de parâmetro para a avaliação da personalidade e conduta do acusado, para fins de fixação da pena⁵².

Na mesma linha apontam José Frederico Marques, Ada Pellegrini Grinover, Hélio Tornaghi, Magalhães Noronha e Julio Fabbrini Mirabete⁵³.

⁵¹ OLIVEIRA; FISCHER, op. cit., p. 374-375.

⁵² Ibid., p. 230, 231 e 235-236.

⁵³ apud ARAS, Vladimir. A mentira do réu e o artigo 59 do CP. In CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (Org). *Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil*. Salvador: Juspodivum, 2010, p. 258.

Já Eugênio Pacelli de Oliveira e Douglas Fischer entendem diversamente, veja-se:

Não é incomum encontrar-se opiniões no sentido de que o princípio *nemo tenetur se detegere* abrangeria também um suposto *direito à mentira*, sobretudo em relação aos fatos, devendo o réu, porém, informar corretamente sua identidade.

Bem, que não há direito algum a prestação de *informações* falsas não pode restar dúvidas. Aliás, se o réu acusar terceiro como autor do fato, sabendo-o inocente, poderá até responder por *denunciação caluniosa*, na medida em que pode não se mostrar inteiramente justificada (excludente de ilicitude) a conduta, mesmo que em defesa de seu interesse. Pode-se mesmo aceitar que o réu elabore qualquer versão em seu favor; o limite seria o tangenciamento voluntário a direitos alheios, quando ciente da inocência alheia. [...]

De modo que não existe *direito* algum à prática de violação ao Direito. [...]. Do mesmo modo, não constitui direito do réu a apresentação de documentação falsa para eximir-se do processo, até porque o *falsum* não esgotaria sua potencialidade lesiva naquele processo⁵⁴.

Para Vladimir Aras, parece “haver uma sutil, mas importante diferença entre o direito de não dizer a verdade, que equivale ao direito de silenciar, e o direito de mentir, que corresponderia a uma faculdade de enganar”, e continuando, aponta que “O acusado tem sempre a opção constitucionalmente assegurada e moralmente legítima de silenciar. A mentira em juízo não é uma conduta necessária nem aceitável, pois, [...], a mentira sempre causa lesão a terceiros”, “pode influir na decisão da causa” e ainda que não enquadrável como crime, “pode trazer sérios prejuízos à justa e célere prestação jurisdicional” e à credibilidade do Poder Judiciário, que, com base em informações mendazes, poderá ser levado a absolver um culpado ou a condenar um inocente, lembrando por fim que “da mentira pode” também “advir o malbaratamento dos direitos da vítima ou de seus sucessores, que se

⁵⁴ Ibid., p. 378-379.

verão privados da verdade *no* processo e de eventual direito à reparação pelo dano *ex delicto*⁵⁵.

Concluindo, Aras afirma:

[...] com o silêncio, nenhuma consequência adversa pode surgir para o réu; com a verdade, o agente condenado pode ter sua pena atenuada ou reduzida ou auferir outros benefícios previstos em lei. No entanto, como, com a mentira judicial, o agente prejudica a administração da justiça e a busca da verdade processual e ofende direitos de terceiros (vítimas), a revelação dessa personalidade antiética ou de sua conduta social inadequada *em juízo* pode levar à fixação de sua pena em patamar acima do mínimo legal, com base nas circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal⁵⁶.

João Claudio Couceiro, aliás, entende que o próprio silêncio do acusado, quando interrogado, “pode ser considerado tanto como causa de aumento como de diminuição genérica da pena, dependendo dos motivos que o levaram a silenciar, motivos estes que deverão ser apurados no exame o caso concreto”, pelo que não seria “inconstitucional o art. 59 do CP na interpretação que autoriza o juiz a levar em conta o silêncio do acusado, durante o processo, para fixação de sua pena”⁵⁷.

Importante ressaltar, outrossim, que, com a edição e entrada em vigor da Lei 10.792/2003, o interrogatório deixou de ser ato personalíssimo do magistrado, que questionava o réu sem a intervenção da acusação e da defesa, passando as partes a serem “protagonistas da instrução, sem impedir, contudo, a efetiva participação do juiz nos esclarecimentos de questões relevantes que possam afetar o julgamento”⁵⁸, já que, por força do

⁵⁵ Ibid., p. 257 e 259-260.

⁵⁶ Ibid., p. 265.

⁵⁷ COUCEIRO, João Claudio. *A garantia constitucional do direito ao silêncio*. São Paulo: RT, 2004, p. 184.

⁵⁸ OLIVEIRA; FISCHER, op. cit., p. 379.

novel art. 188 do CPP, acusação e defesa poderão formular perguntas ao interrogado por intermédio do magistrado, o que antes era impossível.

Necessário salientar, outrossim, que embora o art. 198 do CPP não tenha sido expressamente revogado pela Lei 10.792/2003, a doutrina anteriormente já se posicionava pela sua contrariedade às regras constitucionais e, com a nova redação dada ao art. 186 do CPP, afirma-se que houve revogação tácita da mencionada norma pela referida lei, pelo que tal dispositivo, embora ainda em vigor, não teria mais qualquer validade⁵⁹.

Por fim, a consequência da violação ao princípio *nemo tenetur se detegere*, no interrogatório, consoante a doutrina, é a nulidade do ato, considerando-se ilícita a prova obtida, com todas as suas decorrências, ressaltando, Maria Elizabeth Queijo⁶⁰, que:

1. Se houve confissão sem a prévia cientificação ao acusado de que poderia exercer o direito ao silêncio ou quando tal cientificação foi deficiente, ou ainda quando foram utilizadas técnicas ou métodos de interrogatório vedados, tal implicará na ilicitude da prova colhida, haja vista a violação a direito fundamental, ensejando:

a) eventual nulidade do interrogatório, para ser renovado, e dos atos processuais subsequentes influenciados pela prova ilícita, se a defesa foi prejudicada como um todo;

b) o desentranhamento da prova ilícita (confissão), para não influir no convencimento do julgador ou, caso permaneça nos autos, não poderá ser

⁵⁹ OLIVEIRA; FISCHER, op. cit., p.388.

⁶⁰ Ibid., p. 432-434.

valorada pelo julgador na sentença ou em qualquer outra decisão judicial, sob pena de nulidade;

c) se foi oferecida denúncia com base na confissão viciada, a nulidade da peça, com seu desentranhamento e oferecimento de nova;

d) se já houve sentença, a sua nulidade, com a determinação de que outra seja proferida, após o desentranhamento da prova ilícita, podendo o Tribunal prosseguir no julgamento apenas se for caso de absolvição;

e) se já transitada em julgado a condenação, possível a revisão criminal ou a impetração de *habeas corpus*, para reconhecer a ilicitude da prova e a nulidade da condenação nela baseada.

Se o processo for da competência do Tribunal do Júri, Queijo⁶¹ aponta que as consequências serão as seguintes:

- a) Se a pronúncia teve por base a confissão viciada, poderá ser reformada em sede recursal, com o desentranhamento da prova ilícita, ou anulada, através de *habeas corpus*;
- b) Se a prova ilícita foi objeto dos debates na sessão do Júri, o Conselho de Sentença deverá ser dissolvido; caso não seja, o veredicto proferido será nulo.

No tocante às provas colhidas a partir do interrogatório viciado, Queijo anota que a consequência será a ilicitude das provas decorrentes, de acordo com a teoria da árvore dos frutos envenenados, ressalvadas as exceções a essa teoria⁶².

⁶¹ Ibid., p. 433.

⁶² Ibid., p. 434.

3 O DIREITO AO SILÊNCIO E A PRODUÇÃO DAS PROVAS QUE DEPENDEM DA COLABORAÇÃO DO ACUSADO

O conceito de verdade no processo penal e os limites dos poderes instrutórios do juiz, especialmente os referentes à possibilidade de o magistrado ordenar medidas que obriguem o acusado a cooperar na produção de provas, afetam diretamente a dimensão que vem sendo conferida ao significado do princípio *nemo tenetur se detegere* e, via de consequência, a amplitude do direito ao silêncio, segundo a doutrina⁶³.

Afirma Maria Elizabeth Queijo que: “O mito da verdade real, no processo penal, contrapõe-se ao reconhecimento do princípio *nemo tenetur se detegere*, que é identificado como óbice à pesquisa dessa verdade”, suscitando ainda o debate quanto aos limites instrutórios do juiz, como já apontado, e “a predominância do interesse individual do acusado sobre o interesse público e vice-versa, entendendo-se por interesse público o interesse da sociedade na persecução penal e na busca da verdade real”, de sorte que, “prevalecendo o interesse individual, de forma absoluta, a persecução penal seria inviabilizada. Mas, prevalecendo o interesse público, de modo exclusivo, não haveria qualquer freio para a persecução penal, abrindo-se espaço para arbitrariedades e violações a direitos”⁶⁴.

Daí a importância de examinar doutrinariamente a aplicabilidade do direito ao silêncio também nas provas que dependam de sua colaboração, bem como as consequências processuais advindas da violação a esse

⁶³ QUEIJO, op. cit., p. 2-3.

⁶⁴ Ibid., p. 2-3.

princípio, segundo a doutrina, e, especificamente no tocante a esta pesquisa, na interpretação dada a essa prerrogativa pelo Superior Tribunal de Justiça.

Prefaciando a obra de João Claudio Couceiro, Antonio Magalhães Gomes Filho leciona:

O direito ao silêncio é um dos temas mais emblemáticos do processo penal, sublinhando a diferença entre uma concepção inquisitória, que vê o saber do acusado como fonte de prova que não pode ser desprezada – até porque, se culpado, ele é um detentor privilegiado de informações -, e uma posição mais ligada à preservação das garantias processuais, para a qual o seu reconhecimento constitui decorrência inarredável da presunção de inocência e da amplitude do direito de defesa⁶⁵.

E por isso mesmo que a aplicação e alcance que vem sendo conferidos a esse direito não tem sido pacífica, tanto no Brasil quanto no ordenamento jurídico internacional.

Lembra Antonio Magalhães Gomes Filho que:

[...] embora declarado pela Constituição de 1988 (art. 5º, LXIII), sua aplicação efetiva na prática criminal até há pouco estava comprometida diante de disposições do Código de Processo Penal de 1941, como a do art. 186, que previa sua informação ao interrogado, mas com a sugestiva admoestação de que poderia “ser interpretado em prejuízo da defesa”. E mesmo depois da Lei 10.792, de 2003, que deu nova redação ao citado dispositivo, permanece ainda no diploma processual, inexplicavelmente, o texto do art. 198: “O silêncio do acusado não importará confissão, mas poderá constituir elemento para a formação do convencimento do juiz”⁶⁶.

Explicitando os limites de aplicabilidade do direito ao silêncio, Vladimir

Aras enfatiza:

Em alguns sistemas jurídicos, como o norte-americano, o réu pode abdicar do seu direito ao silêncio e formular acordos de colaboração (*plea agreements*) para declarar-se culpado (*guilty*); pode exercer a prerrogativa legal de não cooperar e afirmar sua inocência (*not guilty*); ou, simplesmente, pode o réu declarar-se que não contestará a acusação (*nolo contendere*), mantendo-se processualmente inerte,

⁶⁵ Ibid., p. 11

⁶⁶ COUCEIRO, João Claudio. *A garantia constitucional do direito ao silêncio*. São Paulo: RT, 2004, p. 11.

numa resistência passiva que não lhe desfaz a presunção de inocência⁶⁷.

Ressalta o mencionado autor que “o direito de permanecer em silêncio deriva de uma longa tradição jurídica liberal, que, em 1966, acabou por merecer especial reconhecimento da Suprema Corte dos Estados Unidos no precedente *Miranda vs Arizona*”, “da qual surgiu a advertência que passou a ser conhecida como *Miranda warning* ou *Miranda rules*”, na qual se estabeleceu que, antes de qualquer interrogatório criminal, o acusado deveria ser informado de que tem o direito de permanecer calado (*right to remain silent*) e de ser assistido por advogado (*right to counsel*).

É o chamado *privilege against self-incrimination*, previsto na 5ª Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América, que dispõe que “ninguém será obrigado em qualquer procedimento criminal a declarar contra si mesmo, nem ser privado de sua vida, liberdade ou propriedade, sem o devido processo legal”, prerrogativa que pode ser encontrada também em tratados internacionais, tendo como exemplo mais conhecido e importante o Pacto de San Jose da Costa Rica (Convenção Americana sobre Direitos Humanos), que prevê a garantia em seu art. 8º, § 2º, g, e dita que toda pessoa acusada tem direito a ser considerada presumidamente inocente enquanto não legalmente comprovada a sua culpa, bem como de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada.

Internalizado através do Decreto 678/1992 em nosso ordenamento jurídico, o Pacto de San Jose da Costa Rica consagrou no Brasil, definitivamente, a garantia da não auto-incriminação.

⁶⁷ Ibid., p. 240.

Contudo, como observa Marcelo Schirmer Albuquerque⁶⁸, isso não significa que a amplitude dada à expressão “não produzir prova” pela doutrina pátria – aqui incluída “a ideia de que o sujeito passivo de um processo penal ou de uma investigação criminal não pode ser compelido sequer a participar, prestando qualquer forma de mínima colaboração, de uma atividade probatória cujo resultado lhe possa ser, eventualmente, prejudicial” – mereça ser acolhida como aceitável, até porque, entre os estudiosos do processo penal norte-americano, domina o entendimento de que a proteção seria restrita às declarações verbais, isto é, o *privilege against self-incrimination* restringir-se-ia a não ser o acusado obrigado a ser fonte de prova oral contra seus próprios interesses. Nada mais.

Prevalece, todavia, no Brasil, como salienta o citado doutrinador, “o conceito ampliativo e a doutrina dominante segue reconhecendo o mencionado direito de não prestar qualquer contribuição em provas que possam revelar-se desfavoráveis” ao investigado ou acusado em procedimento criminal⁶⁹.

Eugenio Pacelli de Oliveira, por seu turno, ressaltando a posição relevantíssima do direito ao silêncio, interpreta, contrariamente à posição dominante na doutrina, que seu alcance estaria restrito a impedir quaisquer intervenções por parte do Estado que possam afetar a capacidade de autodeterminação do acusado no plano do processo criminal, convergindo para o tratamento que vem sendo conferido pelo direito norte-americano ao

⁶⁸ Albuquerque, Marcelo Schirmer, *A garantia da não auto-incriminação: extensão e limites*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 2-5.

⁶⁹ *Ibid.*, p. 5.

tema, “que confere ao direito à não incriminação um caráter exclusivamente testemunhal”⁷⁰. Vejam-se suas esclarecedoras considerações sobre o tema:

[...] sob a perspectiva da proteção aos direitos fundamentais, o princípio do direito ao silêncio ocupa posição relevantíssima, como assinalado.

Com efeito, instituído como direito, impõe ao Estado o dever de respeitar a opção pelo seu exercício, o que impedirá a adoção de quaisquer ações tendentes à extração forçada – extorsão – da confissão, com o que se poderá bem e melhor tutelar a integridade física e psíquica do acusado, o seu direito à personalidade e à dignidade humana. De fato, em um Estado de Direito devem ser absolutamente banidas quaisquer intervenções que possam afetar a capacidade de autodeterminação da pessoa, expressão de sua personalidade e de sua dignidade, [...].

Com isso, obtém-se dupla proteção: no plano do direito material, com a tutela da integridade física e psíquica antes mencionada; e, mais uma vez, no plano processual, atinente ao controle da idoneidade da prova e da preservação da construção da certeza judicial em bases racionalmente demonstráveis.

Tais considerações que nos parecem adequadas a delimitar o campo hermenêutico do direito a permanecer calado, quanto à definição de seu sentido e de seu significado enquanto garantia individual fundamental.

E continuando, destaca:

105. Mas a doutrina processual penal brasileira normalmente não se satisfaz com esses limites, preferindo atribuir ao *nemo tenetur se detegere* uma verdadeira imunidade corporal, não reduzida ao direito de não ser obrigado a depor contra si mesmo, nem a confessar-se culpado, como expressamente se contém no art. 8º, 2, g, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, ou o direito de não ser obrigado a testemunhar contra si mesma ou confessar-se culpada, consoante se tem no art. 14, 3, g, do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis.

Até muito recentemente o Supremo Tribunal Federal reconhecia o sugerido elastecimento da aludida imunidade corporal, chegando ao ponto de permitir a recusa, pelo réu, de fornecimento de padrões gráficos de seu punho, para fins de realização de exame pericial. [...]

A nosso juízo, a questão sequer poderia ser enfrentada nessa perspectiva, isto é, na perspectiva do direito ao silêncio. Direito ao silêncio é direito a permanecer calado, direito a não ser obrigado a depor – nos países em que não existe o interrogatório como meio de defesa – e que tem por objetivo e por justificativa a proteção da integridade física e psíquica do acusado relativa à obtenção forçada de seu depoimento, de sua personalidade e dignidade, e, além disso, o exercício de um certo controle da atividade judicante, impedindo que se construam certezas judiciais com base exclusivamente na atuação passiva do réu. [...] Do ponto de vista de uma leitura rigorosamente interpretativa de nossa ordem constitucional, não temos dúvida em afirmar que o direito ao silêncio não está estruturado para outras finalidades. Nesse ponto, convergimos para o tratamento da questão pelo Direito norte-americano, que confere

⁷⁰ OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. *Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 190.

ao direito à não autoincriminação um caráter exclusivamente testemunhal.⁷¹

Aliás, em comentários ao art. 186 do Código de Processo Penal, que trata do interrogatório do réu, Pacelli de Oliveira, juntamente com Fischer, reafirmam o entendimento de que ao direito ao silêncio não poderia ser conferido o elastério que doutrina e jurisprudência, especialmente da Suprema Corte, vêm lhe conferindo. Leia-se:

A garantia do direito ao silêncio, [...], reafirma a necessidade de controle racional das decisões judiciais, de modo a impedir que o órgão julgador se valha do silêncio ou da negativa de respostas às perguntas como critério de certeza ou de convencimento judicial.

[...]

O que não se pode afirmar, ao contrário do que se canta por aqui em verso e prosa, é que o acusado teria o direito a não participar de qualquer medida probatória – contra si – bastando assim desejar. Não existe esse direito. Nem aqui e nem em lugar nenhum dos ordenamentos jurídicos do mundo ocidental, incluindo os Tratados Internacionais de proteção aos direitos humanos. O que se garante, junto ao direito ao silêncio, é a proteção efetiva do acusado contra ações lesivas aos mencionados direitos individuais (integridade física, psíquica, etc.).

Exatamente por isso, pode o Estado conduzir coercitivamente o acusado à audiência de instrução e julgamento, quando houver a necessidade de reconhecimento de pessoa, na produção de prova testemunhal (art. 260, segunda parte, CPP). Evidentemente, o dispositivo não se aplica ao interrogatório, visto tratar-se de meio de defesa, a critério exclusivo da defesa.

Pensamos também não haver qualquer mácula na exigência de submissão ao conhecido *bafômetro*, na medida em que aludida providência – abstratamente – não afeta direitos subjetivos, ao menos na intensidade que devam merecer proteção. [...].

De se ver, no ponto, que o direito brasileiro não contempla muitas hipóteses de intervenção corporal ou de medidas invasivas na pessoa do réu. Além da coleta de material grafotécnico, para a respectiva prova pericial (art. 174, CPP), há a previsão do bafômetro (Lei 9.503/97, art. 277) e a da identificação criminal (Lei 12.037/09). Fora daí, a exigência de outras medidas violarão o princípio da reserva legal (art. 5º); jamais, porém, um suposto e alargado direito à não auto-incriminação, incompatível, aliás, com a evolução do *nemo tenetur se detegere*.⁷²

A par da posição doutrinária dominante sobre o tema, que tem conferido especial elasticidade ao direito ao silêncio, como visto, há vozes

⁷¹ Ibid., p. 188-190.

⁷² OLIVEIRA; FISCHER, op. cit., p. 371-379.

divergentes, entendendo-o como limitado ao plano testemunhal ou das declarações.

Diante do aumento da criminalidade e da incontestável necessidade de sua repressão, em contraste com a indispensável proteção a direitos e garantias constitucionais, conquistados duramente ao longo da história e que merecem preservados, maiores reflexões sobre o alcance da locução “permanecer calado” ensejaram a curiosidade sobre o significado e o alcance que o Superior Tribunal de Justiça tem conferido à referida garantia individual fundamental e à prerrogativa da não auto-incriminação, o que se verá no capítulo que segue.

Cumprido destacar que as provas que dependem da colaboração do acusado para a sua produção, segundo a doutrina, dividem-se em: a) aquelas que implicam intervenção corporal, subdivididas nas chamadas provas *invasivas* (em que há introdução de substâncias ou instrumentos no organismo), para cuja produção se exige o consentimento livre e consciente do réu – os exemplos são exames de sangue em geral, exame ginecológico, identificação dentária, endoscopia, exame de reto, e até, em alguns casos, a busca pessoal (revista), etc. –, e as *não invasivas* (em que não há interferência corporal), que dependem da colaboração passiva do acusado – como exemplos, tem-se o exame de DNA realizado a partir de fio de cabelos, saliva e pêlos, de urina ou fezes, as identificações datiloscópicas, de impressão dos pés, unhas e palmar, radiografias empregadas em buscas pessoais, o reconhecimento, a reconstituição dos fatos, o exame grafotécnico, o exame clínico para verificação de embriaguez, a entrega de prova documental, etc.

Há ainda aquelas provas que não demandam qualquer cooperação do réu para a sua obtenção, como o exame de DNA de material humano (como pêlos, cabelo, saliva, sêmen, etc.), de impressões digitais, de marcas de pés, de marcas de dentes, etc., encontrados na cena do crime ou na vítima.

De acordo com Maria Elizabeth Queijo:

O estudo do direito estrangeiro revela que o *nemo tenetur se detegere* tem incidência muito restrita nas provas que dependem da colaboração do acusado.

Alguns ordenamentos sequer reconhecem a incidência do referido princípio nas aludidas provas. Reservam sua aplicação ao momento do interrogatório, exclusivamente. Em outros, admite-se a execução coercitiva de intervenções corporais no acusado. Há ainda a orientação de permitir que sejam extraídas inferências de culpabilidade a partir da recusa do réu em submeter-se às provas que necessitem de sua cooperação para serem produzidas. Mas a tendência predominante é a de somente considerar violadora do *nemo tenetur se detegere* a prova que implique uma postura ativa do acusado. Desse modo, entende-se que as provas que impliquem intervenção corporal no acusado, nas quais se exige que este apenas “tolere” a sua realização, permanecendo passivo, não violam o *nemo tenetur se detegere*.

No direito nacional essa orientação também predomina, mas não se admite a execução coercitiva de provas que dependam de intervenção corporal no acusado⁷³.

A regra, assim, em obediência ao *nemo tenetur se detegere*, é que as provas sejam produzidas, “sempre que possível, sem a cooperação do acusado”, que não está obrigado a colaborar ativamente na produção de provas que possam vir a incriminá-lo⁷⁴.

Da doutrina de Joel Tovil, colhe-se:

É hoje pacífico na jurisprudência do STF, por exemplo, que o indiciado ou acusado não pode ser compelido a participar da *reconstituição do crime* que lhe é imputado (art. 7º do CPP), nem a fornecer escritos para confecção de *perícia caligráfica*, apesar do que dispõe o art. 174 do CPP.

Já a possibilidade de o acusado ser obrigado a sujeitar-se a testes de alcoolemia, como o etilômetro, vulgarmente conhecido como *bafômetro*, suscita viva controvérsia na doutrina.

[...]

⁷³ Ibid., p. 311-312.

⁷⁴ QUEIJO, op. cit., p. 312.

Outra questão polêmica, de difícil solução, é a da *admissibilidade das intervenções corporais* no investigado, objetivando a colheita de material para confecção de exames de laboratório que muitas vezes são decisivos para a descoberta da autoria de determinado crime.

[...]

A doutrina costuma classificar as intervenções corporais em *invasivas* e *não invasivas*, conforme admitam ou não a penetração do corpo humano em busca de amostras, seja mediante instrumentos, sondas, por exemplo, seja através de administração de drogas como o famigerado soro da verdade.

[...]

Não temos dúvida de que as ingerências não invasivas são lícitas e podem validamente constituir prova.

Mas, e as intervenções corporais invasivas realizadas contra a vontade do investigado... Seriam admissíveis, como prova, numa corte de Justiça brasileira?

É evidente, pelo menos em nosso direito, que, em princípio, tal não é possível. Examinar e/ou invadir o corpo do investigado contra a sua vontade repercute diretamente com o princípio da dignidade da pessoa humana e no direito à não auto-incriminação.

[...].

Continuando, assevera o autor:

O *nemo tenetur se detegere*, porém, não pode ser tido como direito absoluto. Muitas vezes, haverá de ser atenuado, via ponderação de valores, se e quando entram em conflito com outros bens jurídicos igualmente relevantes, tais como, v.g., os direitos à liberdade e à vida.

[...]

Assim, admitimos que, em casos de ocorrência de crimes graves, punidos com reclusão ou reputados hediondos, será possível, mediante decisão judicial fundamentada, possa o juiz competente, se provocado pelo *dominus litis*, determinar que o acusado tolere passivamente a produção de alguma prova, que de outro modo não poderia ser realizada, como a coleta de sangue, saliva ou urina, desde que, evidentemente, não haja risco para sua integridade corporal, nem haja necessidade de prática de atos humilhantes.

[...] ⁷⁵.

Continuando, Tovil comenta acerca das provas que não demandam intervenção corporal, mas que exigem a colaboração ou participação do acusado, concluindo que, somente naquelas que houvesse a necessidade da participação ativa do imputado, tal como ocorre na reconstituição dos fatos, no exame grafotécnico, no bafômetro e ainda na entrega de documentos que possam vir a incriminá-lo, haveria ofensa ao princípio *nemo tenetur se detegere*, caso fosse ele compelido a colaborar. Nos que exigem a sua colaboração passiva, que somente implicam sujeição do acusado e não o

⁷⁵ Ibid., p. 102-107.

“fazer algo”, como o reconhecimento pessoal e as coletas em geral, como a de sangue ou de urina, por exemplo, entende que o princípio em questão não seria violado⁷⁶.

Resumindo a questão da produção de provas, Maria Elizabeth Queijo⁷⁷ bem esclarece que, com relação às provas produzidas com intervenção corporal:

“- somente deverão ser realizadas com o consentimento do acusado, mediante prévio controle jurisdicional sobre a proporcionalidade da medida”, salientando que “a autorização judicial não poderá suprir tal consentimento”;

“- imprescindível a advertência do acusado em relação ao *nemo tenetur se detegere*”, lembrando que o consentimento deverá ser anterior à medida e será inválido, caso se verifique que a medida invasiva expõe a saúde do acusado a risco;

- somente poderá ser realizada por médico ou pessoa especializada, a fim de resguardar a saúde e integridade física do acusado;

- em obediência ao princípio da proporcionalidade, somente poderão ser feitas “quando houver elementos suficientes para o indiciamento e a infração for apenada com reclusão cuja pena mínima, em abstrato, seja igual ou superior a dois anos”.

No tocante às provas produzidas mediante intervenção corporal não invasiva, Queijo⁷⁸ conclui:

⁷⁶ Ibid., p. 110-111.

⁷⁷ Ibid., p. 430.

⁷⁸ Ibid., p. 430-431.

“- poderão ser realizadas mesmo sem o consentimento do acusado, desde que não impliquem colaboração ativa por parte deste, com controle jurisdicional prévio”, isto é, “autorização judicial, no qual se verificará a proporcionalidade da medida;”

- as que necessitem colaboração ativa do acusado “somente poderão ser realizadas com o seu consentimento, nos mesmos moldes preconizados em relação às intervenções corporais invasivas;”

- deverão ser realizadas por médico ou pessoa especializada;

- em obediência ao princípio da proporcionalidade, somente poderão ser realizadas “havendo indícios de autoria ou participação em infração penal punida com reclusão”.

E, por fim, no referente às provas produzidas com a cooperação do acusado, mas sem qualquer intervenção corporal, destaca a autora:

- poderão ser determinadas pela autoridade policial ou pela autoridade judiciária, mesmo sem o consentimento do acusado, desde que impliquem apenas colaboração passiva deste;
- se a prova for determinada pela autoridade policial, ficará sujeita, obrigatoriamente, ao controle jurisdicional, feito *a posteriori*;
- se necessitarem, para sua produção, de colaboração ativa do acusado, imprescindível será o seu consentimento, precedido da advertência com relação ao *nemo tenetur se detegere*, exteriorizado previamente à realização da prova, livre e conscientemente e de modo expresso;
- para atender ao princípio da proporcionalidade, poderão ser determinadas quando houver indícios de autoria ou participação em infração penal, seja ela contravenção ou crime apenado com detenção ou reclusão⁷⁹.

Observa Queijo, por fim, que da recusa do acusado em submeter-se a determinada prova não se pode extrair indícios de sua culpabilidade, sob pena de violação ao princípio da presunção de não-culpabilidade, nem pode a

⁷⁹ Ibid., p. 431.

recusa ser considerada crime (desobediência) ou utilizada como fundamento de sentença ou decisões relativas a medidas cautelares, tais como a prisão preventiva, por exemplo⁸⁰.

Mister consignar, por derradeiro, que se houver violação ao princípio *nemo tenetur se detegere* nas provas que dependem da colaboração do acusado, a consequência, segundo a doutrina, é a ilicitude da prova colhida, assim como as dela derivadas, por violação a direito fundamental.

⁸⁰ Ibid., p. 431.

4 O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E SEU ENTENDIMENTO SOBRE O DIREITO AO SILÊNCIO

Antes de adentrar na análise sobre o entendimento que o Superior Tribunal de Justiça sobre o direito insculpido no art. 5º, LXIII, da CF/88, necessário colocar a posição do Supremo Tribunal Federal sobre a norma constitucional apontada, já que muitos dos julgados examinados tiveram por base a orientação da Suprema Corte sobre o tema, bem traduzida por Thiago Bottino nas conclusões de seu artigo *A doutrina brasileira do direito ao silêncio* – o STF e a conformação do sistema processual penal constitucional:

[...] é possível afirmar a existência de uma “doutrina brasileira do direito ao silêncio” construída a partir de julgamentos de casos concretos pelo Supremo Tribunal Federal, sendo também correto afirmar que o efetivo alcance da garantia de não se auto-incriminar, inscrita no inciso LXIII, do artigo 5º, da Constituição de 1988, foi estabelecido pelo Supremo Tribunal Federal em clara atitude de ativismo judicial. Esse direito deve ser lido hoje da seguinte forma:

“O **preso** (1) **será informado** (4) **de seus direitos** (5), entre os quais o de **permanecer calado** (2), **sendo-lhe assegurada a assistência** da família e **de advogado** (3)” (texto da Constituição).

(1) A expressão “**preso**” compreende: qualquer indivíduo, preso ou solto, que seja suspeito, indiciado ou acusado em procedimento criminal, ou ainda à generalidade das pessoas diante de qualquer indagação por autoridade pública de cuja resposta possa advir imputação ao declarante da prática de crime, “ainda que em procedimento e foro diversos”.

(2) A expressão “**permanecer calado**” compreende: A inexigibilidade de colaboração com a investigação (recusa de participar de reconstituição do crime, de fornecer material para exame grafotécnico ou de padrão vocal) e, inclusive, a possibilidade de opor-se à ação estatal que visa a sua responsabilização criminal (negando falsamente a prática do crime ou imputando falsamente sua autoria a outrem, cuja punibilidade esteja extinta ou, ainda, fornecendo material gráfico deliberadamente falso, visando a prejudicar as conclusões do exame pericial).

(3) A expressão “**sendo-lhe assegurada a assistência de advogado**” compreende: que o preso não tem direito de que o Estado assegure a assistência de advogado no momento de sua prisão, nem no momento de seu interrogatório policial; a assistência de advogado é obrigatória, porém, antes e durante o interrogatório judicial.

(4) A expressão “**será informado**” compreende: que indivíduo deve ser informado de sua garantia de não se auto-incriminar desde o momento em que tiver sua liberdade cerceada (inclusive, portanto,

antes da lavratura do auto de prisão), constituindo nulidade absoluta a inobservância dessa regra.

(5) A expressão “**seus direitos**” compreende: que o exercício dessa garantia constitucional não pode ensejar nenhum tipo de presunção que lhe seja prejudicial, nem fundamentar qualquer tipo de tratamento mais gravoso, nem tampouco justificar sua segregação cautelar ao argumento de que o indivíduo não está colaborando com a investigação ou instrução processual.⁸¹

Esclarecido o alcance que o Supremo Tribunal Federal vem conferindo ao art. 5º, LXIII, da CF/88, passa-se ao estudo dos julgados do Superior Tribunal de Justiça sobre a garantia ali conferida – o direito ao silêncio – e, via de consequência, também do princípio *nemo tenetur se detegere*, erigido a prerrogativa fundamental, e cujo conteúdo mostra-se bem mais amplo do que o próprio direito em estudo, já que, através de sua invocação, o acusado pode eximir-se de qualquer conduta ativa que o leve a auto-incriminação.

Vários casos traduzem a dimensão e os limites do direito fundamental ao silêncio no entendimento dos Ministros do Superior Tribunal de Justiça e possibilitam conhecer o real significado dado a essa prerrogativa constitucional e as soluções encontradas pelos julgadores quando a mesma foi admitida como violada, isto é, as consequências da não observância do aludido direito.

Um dos primeiros acórdãos a tratar sobre o tema – o Recurso de Habeas Corpus n. 341/RJ – julgado em 25-10-1989, pouco após a instalação do Superior Tribunal de Justiça, em que se invocava a ocorrência de constrangimento ilegal decorrente da não observância ao preceituado no art. 5º, LXIII, da CF/88, quando da lavratura do auto de prisão em flagrante, haja vista a ausência de prévia advertência no tocante ao direito ao silêncio, permite aferir que a Quinta Turma entendeu, na hipótese, que caso provada a

⁸¹ Ibid.

desobediência à advertência prévia quanto à prerrogativa do direito ao silêncio no momento da lavratura do auto de prisão em flagrante, a nulidade dessa peça seria evidente (absoluta), pois, nas palavras do Relator, Ministro José Dantas, “entender de outro modo seria o mesmo que considerá-la [a norma constitucional apontada] letra morta, sem utilidade, e um dos princípios de hermenêutica é exatamente o de que na lei não existem disposições ou palavras inúteis”.

Contudo, a Turma findou por negar provimento ao recurso, pois o impetrante não juntou cópia do auto de prisão em flagrante, de molde a comprovar a alegada violação do direito ao silêncio, e, como se sabe, a prova em *habeas corpus* é pré-constituída.

O tempo, contudo, ao que parece, fez o Superior Tribunal de Justiça repensar a questão.

Não obstante o posicionamento da doutrina no sentido de que se trata de nulidade absoluta, por ofensa ao art. 5º, LXIII, da CF/88, e ao princípio da ampla defesa, insculpido no art. 5º, LV, da CF/88, direitos fundamentais, o Superior Tribunal de Justiça acabou firmando entendimento no sentido de que a ausência de advertência ao acusado quanto ao direito ao silêncio, ou mesmo a ressalva de que seu calar poderia ser interpretado em prejuízo a sua defesa, constante na segunda parte do art. 186 do CPP, com a redação anterior à Lei 10.792/2003, proferidas antes do interrogatório, se trata de *nulidade relativa*, cuja declaração depende de oportuna alegação, sob pena de preclusão, devendo ainda a defesa demonstrar/comprovar o efetivo prejuízo, não anulando o ato quando, por exemplo:

a) o acusado levantou tese excludente de antijuridicidade em seu favor – realizou autodefesa – não havendo prejuízo à defesa, portanto, e seu advogado, presente na audiência de interrogatório, não requereu fosse o réu informado de seu direito de permanecer calado⁸²;

b) embora o juiz tenha feito a ressalva de que o silêncio poderia ser prejudicial à defesa, houve a advertência quanto ao direito ao silêncio e o acusado negou a autoria delitiva, não havendo prejuízo⁸³;

c) não havia prova da ressalva de que o silêncio seria prejudicial ao réu e o acusado negou ter agido com dolo, não se comprovando, assim, a mácula, nem o prejuízo à defesa⁸⁴;

d) embora o juiz tenha advertido o réu de que seu silêncio poderia implicar concordância com a imputação, devendo preferir a verdade ao silêncio ou à mentira, a nulidade estava preclusa, visto que somente arguida nas razões de apelação⁸⁵;

e) presente o defensor no momento do interrogatório, nada alegou acerca da omissão quanto à advertência referente ao direito ao silêncio, precluindo, assim, a eiva, e também porque, ouvido, o réu eximiu-se da responsabilidade direta pelo delito, incriminando o corréu, apontando-o como o autor direto dos fatos criminosos, pelo que não demonstrado o prejuízo à sua defesa⁸⁶;

⁸² RHC 10.080/MG.

⁸³ RHC 11.789/SP e HC 87.058/CE.

⁸⁴ HC 35.033/PR.

⁸⁵ HC 52.370/SP.

⁸⁶ HC 66.298/PE.

f) apesar de o advogado estar presente à audiência de interrogatório, nada requereu a respeito da necessidade de informação expressa ao réu sobre o seu direito de permanecer calado, e o acusado negou a prática dos fatos criminosos, não restando demonstrado prejuízo hábil a ensejar a declaração de nulidade daquele ato processual⁸⁷;

g) tendo sido cientificado de seu direito ao silêncio, na forma do art. 186 do CPP, com a antiga redação, e do art. 5º, LXIII, da CF/88, o réu “optou espontaneamente por dar a sua versão aos fatos narrados na denúncia, exercendo amplamente a sua autodefesa”⁸⁸;

h) ainda que o Ministério Público, em sede de alegações finais, tenha feito considerações impertinentes a respeito do silêncio do acusado durante seu interrogatório, tais não foram acolhidas pelo juiz na sentença condenatória⁸⁹;

i) não obstante tenha sido feita a ressalva de que o silêncio poderia ser prejudicial à defesa, não se comprovou o prejuízo no caso, vez que a condenação findou amparada no conjunto probatório como um todo e não na confissão isolada do acusado não advertido nos moldes da Constituição Federal⁹⁰;

A partir do ano 2000, uma nova tese jurídica envolvendo o direito ao silêncio reclamava o posicionamento dos Ministros integrantes do Superior Tribunal de Justiça, demandando a solução da questão referente à tipificação ou não do delito do art. 307 do CP (que pune com detenção, de 3 meses a 1

⁸⁷ HC 22.526/MG.

⁸⁸ HC 49.968/MG.

⁸⁹ HC 112.074/PR.

⁹⁰ HC 130.590/PE.

ano, ou multa, “se o fato não constitui elemento de crime mais grave”, quem “Atribuir-se ou atribuir a terceiro falsa identidade para obter vantagem, em proveito próprio ou alheio, ou para causar dano a outrem”), àquele que, ao ser preso em flagrante, se atribui falsa identidade perante a autoridade policial, como recurso para encobrir seus maus antecedentes e, assim, livrar-se de consequências negativas no campo processual penal, como a manutenção da prisão em flagrante ou mesmo um eventual acréscimo de pena em caso de condenação.

Nesse tema, a Quinta e a Sexta Turmas do STJ atualmente não discrepam, entendendo, pela maioria de seus integrantes⁹¹, que é atípica a conduta daquele que, ao ser preso em flagrante, declara, perante a autoridade policial, e mesmo depois, também ao membro do Ministério Público, falsa identidade, para esconder antecedentes criminais negativos e, assim, evitar a manutenção da prisão, ou outras consequências indesejáveis no campo processual-penal, “haja vista a natureza de autodefesa da conduta, garantida constitucionalmente, consubstanciada no direito ao silêncio”, previsto no art. 5º, LXIII, da CF/88⁹².

⁹¹ No julgamento do HC 130.309/MS, da Sexta Turma, a Ministra Maria Thereza de Assis Moura ressalva seu posicionamento acadêmico no sentido de que o direito ao silêncio não abrangeria as perguntas referentes à qualificação do preso, mas tão somente à parte de mérito de suas declarações – as referente ao fato criminoso e suas circunstâncias –, assim registrando: “Já tive oportunidade de escrever a respeito do tema, posicionando-me contrariamente a tal entendimento, chegando a consignar em trabalho acadêmico: ‘O direito ao silêncio não pode ser invocado pelo interrogado como motivo para deixar de responder às perguntas referentes à sua qualificação (art. 188 do CPP), ou, ainda, para mentir sobre elas, por três motivos: primeiro, porque tais respostas não trazem em si qualquer atividade defensiva; segundo, porque a exata qualificação do interrogado evita confusões acerca de sua identidade; e, terceiro, porque a mentira que se permite é aquela de que se vale o interrogado para defender-se quanto aos fatos que lhe são imputados.’ (Maria Thereza Rocha de Assis Moura e Maurício Zanoide de Moraes, “Direito ao silêncio no interrogatório”, *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 2, nº 6, pp.138/139).” Contudo, acabou por acolher o entendimento dominante consolidado no STJ e julgou atípica a conduta do preso que, ao ser inquirido pela autoridade policial quando da lavratura do auto de prisão em flagrante, atribuiu a si falsa identidade, por incorrer em desdobraimento do direito constitucional ao silêncio.

⁹² HC n. 35.309/RJ, Relator o Ministro Paulo Medina, julgado em 6-10-2005, em que a Sexta Turma anulou o julgamento do Tribunal de Justiça do RJ, que entendeu que o direito ao silêncio não

Mister consignar que essa tese específica ainda não encontrou solução perante os Juizados Especiais Criminais Estaduais, que recentemente tiveram os processos em que se discute a questão suspensos, por decisão do Superior Tribunal de Justiça na Reclamação n. 4.526/DF, em que se objetiva dirimir divergência entre acórdão prolatado por Turma Recursal em dissonância com a jurisprudência sedimentada do STJ, visando, assim, a uniformização do entendimento sobre o tema.

Interessante que o Superior Tribunal de Justiça tem entendido que o preso em flagrante que apresenta documento falso no momento de sua qualificação perante a autoridade policial, para esconder antecedentes criminais e para garantir a sua não recaptura (no caso era procurado pela Justiça), não está abarcado pelo direito ao silêncio, sendo típica a sua conduta, enquadrável no art. 304 do CP, que pune com a mesma pena cominada à falsificação ou alteração – reclusão, de 2 a 6 anos, e multa – “fazer uso de qualquer dos papéis falsificados ou alterados, a que se referem

abrangeria o interrogatório na parte referente à qualificação do preso, mas apenas no tocante ao interrogatório de mérito, absolvendo o paciente do delito do art. 307 do CP, dada a atipicidade de sua conduta. Interessante a doutrina de Celso Delmanto, citada pelo relator para fundamentar a sua conclusão, no sentido de que: “[...] Em nosso entendimento, o acusado que mente sobre sua identidade não comete o crime do art. 307 do CP, por duas razões: a. São constitucionalmente garantidos o direito ao silêncio (CR/88, art. 5º, LXIII, e § 2º) e o de não ser obrigado a depor contra si mesmo, nem a confessar-se (PIDCP, art. 14, 3, g) ou a declarar-se culpado (CADH, art. 8º, 2, g). Como lembra DAVID TEIXEIRA DE AZEVEDO, ‘o faltar à verdade equivale a silenciar sobre ela, omiti-la’, pois ‘sob o plano ético-axiológico, como adequação da coisa à escala valorativa... o que é mais valioso tem precedência ontológica sobre o menos valioso’ (‘O interrogatório do réu e o direito ao silêncio’, in RT 682/288). b. Conforme já decidido pelo TACrSP, em acórdão unânime da lavra do juiz, hoje desembargador, GENTIL LEITE (Ap. 172.207, j. 7.3.78, cuja ementa foi publicada na RT 511/402), embora a expressão vantagem, mencionada neste art. 307, inclua tanto a patrimonial como a moral, não abrange ‘o simples propósito de o delinquente procurar esconder o passado criminal, declinando nome fictício ou de terceiro (real), perante autoridade pública ... ou particular’. Isto porque ‘quem assim age, visa a obter vantagem de natureza processual, comportamento que, a constituir delito, deveria estar previsto no Capítulo II do Título XI do CP, referente aos crimes praticados por particulares contra a administração pública, ou no Capítulo III, que prevê infrações contra a administração da justiça’. Não haveria, portanto, o dolo específico exigido pelo tipo.” (in Código Penal Comentado, 6ª edição, Renovar, 2002, pág. 611). Cf. ainda, nesse norte, os seguintes julgados: REsp 204.218/MG; REsp 471.252/MG; REsp 310.013/SC; HC 36.849/DF; HC 46.747/MS; HC 30.552/MS; HC 88.998/RS; HC 23.372/SP; HC 101.391/MS; HC 81.926/SP, dentre tantos outros.

os arts. 297 a 302” do Código Penal, ao entendimento de que, no caso, a apresentação de documento falso – carteira de identidade falsificada – à autoridade policial, “já configura o delito, não podendo ser alegada atitude de autodefesa” (o crime é formal), até porque o crime de uso de documento falso não se confundiria com o de falsa identidade, na medida em que neste último não haveria a apresentação de qualquer documento alterado ou falsificado, mas tão só a alegação falsa quanto à identidade⁹³.

No que se refere à prisão, o Superior Tribunal de Justiça, já em 1994, julgando o RHC 2.967/GO, em que se discutia a ilegalidade da decretação da segregação cautelar, por ocasião da sentença de pronúncia, de acusado de homicídio que, depois de interrogado, havia deixado de acompanhar pessoalmente os demais atos do processo, sob o fundamento da indispensabilidade da presença física do réu na sessão do Júri e ainda da necessidade de sua intimação pessoal da decisão provisional e do libelo acusatório, em moderno posicionamento, assentou que, após a Constituição de 1988, em razão do direito ao silêncio conferido ao acusado, não mais fazia sentido exigir a sua presença no plenário do Júri.

Entenderam os Ministros componentes da Sexta Turma do STJ que, ausente, significaria que não desejava, “de viva voz, dar a sua versão dos fatos”, lembrando ainda o relator, Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, que “o réu não precisa colaborar com o Ministério Público. Arrosta, sem dúvida, as consequências da omissão”, caso não comparecesse à sessão do Júri, findando a Turma por dar provimento ao recurso ordinário em *habeas corpus*

⁹³ HC 63.516/SP.

“para afastar a exigência de recolher-se à prisão para recorrer”, cassando a prisão ordenada em desfavor do pronunciado.

No mesmo sentido é o julgado no RHC 5.459/SP, de 1996, também da lavra do Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, em que se salientou que o art. 408, § 1º, do CPP, que exigia o recolhimento obrigatório do réu pronunciado, salvo se primário e de bons antecedentes (art. 408, § 2º, do CPP), e que visava assegurar a presença do réu no plenário do Júri, diante da nova sistemática constitucional, em que se garantia ao acusado o direito ao silêncio, não mais seria devida a prisão tão somente com base nesses fundamentos, já que não eram os exigidos para a preventiva. Assim, deu-se provimento ao reclamo para fazer cessar a ordem de prisão, ressaltando o relator, na ocasião:

Hoje, penso, estando assegurado ao réu o direito de manter-se calado (Const. Art. 5, LXIII), podendo, pois, realizar-se a sessão, sem a presença do réu, esvaziou-se o conteúdo normativo da mencionada exigência legal. Não há, pois, o risco de frustrar-se o julgamento.

Se a instrução decorreu sem a presença do Paciente, lógico, só porque houve pronúncia, não é fato bastante para amparar a restrição ao exercício do direito de liberdade.

As normas jurídicas precisam ser analisadas lógico-sistematicamente.

A jurisprudência do STJ, nesse ponto, findou antecipando o que muito posteriormente seria garantido pela Lei 11.689/2008, que modificou o rito dos processos afetos ao Tribunal do Júri, passando a não mais exigir a presença física do réu solto no julgamento plenário do Júri (atual art. 457, *caput*, do CPP), e a exigir a prisão do pronunciado somente nos casos em que presentes os fundamentos de cautelaridade, dispondo o art. 413, § 3º, do CPP, com a redação conferida pela lei apontada, que: “O juiz decidirá, motivadamente, no caso de manutenção, revogação ou substituição da prisão

ou medida restritiva de liberdade anteriormente decretada e, tratando-se de acusado solto, sobre a necessidade da decretação da prisão ou imposição de quaisquer das medidas preventivas do Título IX do Livro I deste Código.”

Outro julgado interessante sobre prisão cautelar ordenada na pronúncia foi o decidido no HC 21.278/RJ, relator o Ministro José Arnaldo da Fonseca, onde a Quinta Turma, com base em julgado do Supremo Tribunal Federal sobre o princípio *nemo tenetur se detegere*, decidiu que não poderia o magistrado adotar como fundamento para a manutenção da prisão antecipada o fato de o acusado de homicídio ter exercido seu direito ao silêncio por ocasião do interrogatório, deixando de colaborar com a busca da *verdade real* e apontar a terceira pessoa que teria efetuado os disparos fatais contra a vítima, entendendo o juiz que, com isso, estaria prejudicando “a instrução criminal em geral e a persecução penal em particular”, findando a Turma por conceder a ordem de *habeas corpus* apenas para deferir ao paciente a liberdade provisória.

O Ministro relator, nos fundamentos do voto, adotando o parecer do Ministério Público Federal, destacou:

Obviamente, nenhum acusado está obrigado a delatar participação de quem quer que seja no cometimento de crime, até porque o acusado tem o direito constitucional de permanecer calado (art.5º, LXIII, da Lei Magna).

É entendimento jurisprudencial e doutrinário que o acusado tem direito de se manter em silêncio, diante de qualquer acusação.

O direito ao silêncio se acha imbricado ao direito de não se auto-acusar e ao direito de ampla defesa. Trata-se de direito consagrado no plano internacional, incorporado ao direito pátrio.

*O princípio **nemo tenetur se detegere** está presente em nossa ordem jurídica. Já é antigo, também, o princípio **accusare nemo se debet nisi coram deo**.*

Registra Scarance Fernandes:

"Já era sensível a evolução da doutrina brasileira no sentido de extrair da cláusula da ampla defesa e de outros preceitos constitucionais, como o da presunção de inocência, o princípio de que ninguém é obrigado a se auto-incriminar, não podendo o suspeito ou o acusado ser forçado a produzir prova contra si mesmo. Com a Convenção de Costa Rica, ratificada pelo Brasil e incorporada

ao direito brasileiro (Direito 678, de 06.11.1992), o princípio foi inserido no ordenamento jurídico nacional, ao se consagrar, no art. 8º, n.2, alínea g, que ‘toda pessoa tem direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada’. Significou a afirmação de que a pessoa não está obrigada a produzir prova contra si mesma” – *Processo Penal Constitucional*, 2ª ed., Ed. Rev. dos Tribunais, p. 267.

Adiante acresce o mesmo doutrinador:

“Como derivação do direito a não se incriminar decorre o direito ao silêncio, consagrado expressamente para o preso no art. 5º, LXIII, mas estendido pela doutrina a todo indiciado ou acusado que está sendo interrogado” – *op. cit.*, p. 268.

A jurisprudência é pacífica:

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

- Habeas corpus deferido em parte, estendida a concessão, ex officio, ao co-réu” (STF, HC 72815/MS, rel. Min. Moreira Alves, 1ª Turma, decisão: 5-9-1995, Em. De Jurisp., v. 1.803-03, p.578; DJ 1, de 6-10-1995, p.33132).

Não poderia, pois, o Juízo de primeiro grau adotar como fundamento, para preservação da custódia, o exercício pela paciente do direito ao silêncio, por ocasião do interrogatório.

Nesse mesmo aresto tratou-se ainda da questão da consignação, no termo de interrogatório, das perguntas formuladas pelo juiz não respondidas pelo acusado, tendo a Turma deliberado que tal não acarretava a nulidade do processo, a partir daquele ato, inclusive, como defendido pelo impetrante com espeque no direito constitucional ao silêncio, uma vez que: “O magistrado, registrando as perguntas, nada mais fez do que ser fiel ao que se passou na audiência”, e também porquanto “as audiências são públicas, de modo que todos podem ter ciência de que o magistrado formulou uma série de perguntas” e que algumas não foram respondidas pelo interrogado.

Ainda quanto à prisão processual do réu, há julgado no sentido de que o não comparecimento do réu ao interrogatório, embora devidamente intimado via edital, e a não indicação de advogado, por si só, não seriam motivos para a decretação da preventiva com fundamento na parte final do

art. 366 do CPP, entendendo-se que a recusa em comparecer deveria tão somente ensejar a revelia, e não “induzir ao raciocínio de que o réu pretende furtar-se à aplicação da lei penal”, “pois se o réu pode adotar o silêncio como forma defensiva, também pode deixar de comparecer ao interrogatório, sempre que julgar conveniente à sua defesa, devendo tal postura ser entendida como uma faceta do exercício amplo do próprio direito ao silêncio”⁹⁴.

O Superior Tribunal de Justiça teve oportunidade também de se manifestar sobre situações em que a pena do condenado foi elevada por ter o mesmo: a) negado a autoria delitiva; b) faltado com a verdade; c) não confessado a prática delitiva, apresentando várias versões ao fato criminoso; d) tentado ocultar a droga que transportava, dificultando o trabalho de elucidação dos fatos criminosos pela polícia⁹⁵. Em todos os casos, com base no princípio que proíbe a auto-incriminação – *nemo tenetur se detegere* – e no direito ao silêncio, concedeu a ordem para afastar o aumento de reprimenda efetuado com espede nos referidos fundamentos.

No referente à negativa de submissão ao bafômetro, há vários julgados do Superior Tribunal de Justiça no sentido da impossibilidade de concessão de *habeas corpus preventivo* a fim de garantir, com base no princípio *nemo tenetur se detegere*, o direito de o motorista não se submeter ou ser coagido a realizar o referido teste ou mesmo o exame de sangue nos casos de possível infração ao art. 306 da Lei 9.503/07, quando o tipo penal estava assim descrito:

⁹⁴ HC 92.857/MG.

⁹⁵ Respectivamente: a) RHC 18.441/CE, HC 120.238/CE e HC 136.111/SP; b) HC 103.746/MS; c) HC 31.693/MS; e d) HC 139.535/MS.

Art. 306. Conduzir veículo automotor, na via pública, sob a influência de álcool ou substância de efeitos análogos, expondo a dano potencial a incolumidade de outrem.

Penas - detenção, de seis meses a três anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

Isso porque, na época, entendiam os Ministros que “subsistem os demais meios de prova em direito admitidos para a constatação da embriaguez, sendo certo que a recusa em submeter-se a esses testes implica apenas sanções no âmbito administrativo”⁹⁶, não se podendo, ainda, em sede de *habeas corpus*, mesmo preventivo, proteger direito não ameaçado de forma concreta ou iminente.

Cumprе salientar que constituía infração administrativa (gravíssima), nos termos do art. 165 da Lei 9.503/97: “Dirigir sob a influência de álcool, em nível superior a seis decigramas por litro de sangue, ou de qualquer substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica”, punida com multa (cinco vezes) e suspensão do direito de dirigir, permitindo-se ainda a retenção do veículo até a apresentação de condutor habilitado e recolhimento do documento de habilitação.

Salientava o parágrafo único do art. 165 da referida lei que: “A embriaguez também poderá ser apurada na forma do art. 277”, que assim dispunha:

Art. 277. Todo condutor de veículo automotor, envolvido em acidente de trânsito ou que for alvo de fiscalização de trânsito, sob suspeita de haver excedido os limites previstos no artigo anterior, será submetido a testes de alcoolemia, exames clínicos, perícia, ou outro exame que por meios técnicos ou científicos, em aparelhos homologados pelo CONTRAN, permitam certificar seu estado.

Parágrafo único. Medida correspondente aplica-se no caso de suspeita de uso de substância entorpecente, tóxica ou de efeitos análogos.

⁹⁶ RHC 25.118/MG.

Assim, anteriormente à edição e entrada em vigor da Lei 11.705/08, conhecida como Lei Seca, que estabeleceu a quantidade mínima de 6 decigramas de álcool por litro de sangue como elemento objetivo do crime do art. 306 do Código Nacional de Trânsito (Lei 9.503/97)⁹⁷, aferindo-se a embriaguez criminosa quando alcançado ou ultrapassado esse patamar precisamente expresso na norma, bastava a condução anormal do veículo, sob a influência de álcool ou qualquer substância de efeito análogo, expondo a risco a vida de terceiros, o que poderia ser provado através de exame de corpo de delito indireto ou supletivo ou ainda por prova testemunhal, sempre que impossibilitado o exame direto, já que no núcleo do tipo não havia indicação precisa da quantidade específica de álcool no sangue para que a infração se configurasse.

Em recentíssimo precedente, contudo, entendeu o STJ, por sua Sexta Turma, que, com a nova redação conferida ao art. 306 do CTB, a dosagem etílica específica passou a integrar o tipo penal – elementar objetiva do tipo – somente se configurando o delito quando comprovado *através de prova técnica* que o condutor do veículo apresentava concentração igual ou superior a 6 decigramas de álcool por litro de sangue, o que não pode ser presumido. Ou seja, somente através dos testes do bafômetro ou de sangue é que se poderia comprovar o preenchimento desse requisito para configuração do delito apontado.

⁹⁷ O tipo penal passou a vigorar com a seguinte redação: “Art. 306. Conduzir veículo automotor, na via pública, estando com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas, ou sob a influência de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência.” As penas continuaram as mesmas.

E, como o acusado não está obrigado a produzir prova contra si, por força do princípio *nemo tenetur se detegere*, entendeu a Sexta Turma, em recente precedente – HC 166.377/SP, que a tipificação do crime do art. 306 do CTB passou a ser de difícil configuração, concedendo a ordem para trancar a ação penal em que o paciente, acusado de infringir o referido dispositivo legal, foi submetido apenas à exame clínico que constatou sua visível embriaguez, já que se recusou a fazer o teste do etilômetro e a submeter-se ao exame de sangue⁹⁸.

Veja-se o que consignou o relator do aresto, Ministro Og Fernandes, na oportunidade:

Com efeito, ao entendermos que o indivíduo não é obrigado a se autoincriminar (produzir prova contra si mesmo) e, em razão disso, não ser obrigado a se submeter ao teste de bafômetro ou a exame de sangue e, também, que o crime previsto no art. 306 do CTN exige a realização de prova técnica específica, poderíamos, sem dúvida alguma, tornar sem qualquer efeito prático a existência do sobredito tipo penal que veio à lume, justamente, com o objetivo de refrear esse tipo de prática criminosa.

É extremamente tormentoso deparar com essa falha legislativa. O que se inovou com o objetivo de coibir mais eficazmente os delitos de trânsito ocasionados pela influência do álcool pode tornar-se absolutamente ineficaz, bastando o indivíduo não se submeter ao exame de sangue ou em aparelho de ar alveolar pulmonar.

Entretanto, não se pode perder de vista – sobretudo em matéria penal que se rege, antes de tudo, pela estrita legalidade e tipicidade – da sujeição do juiz à lei.

Com efeito, ao substituí-la pela sujeição ao sentimento pessoal de justiça do magistrado, estaríamos, a bem da verdade, desvinculando a atividade judicial, na medida em que a consideração do que seria justo ou injusto, no caso concreto, estaria confiada ao alvedrio do intérprete. Seria assim o arbítrio na aplicação do direito que, fora de controle, colidiria inevitavelmente com princípios fundamentais como o da segurança jurídica.

Cumprе ressaltar que a Quinta Turma registra precedentes em sentido contrário⁹⁹.

⁹⁸ HC 166.377/SP.

⁹⁹ HC 132.374/MS e HC 151.087/SP.

Pertinente à possibilidade de corréu ser ouvido como testemunha na mesma ação penal ou em outra, desmembrada, o Superior Tribunal de Justiça firmou jurisprudência na direção de sua inviabilidade, haja vista “a incompatibilidade entre o seu [do corréu] direito constitucional ao silêncio e a obrigação de dizer a verdade imposta a quem presta depoimento”¹⁰⁰.

No HC 84.255/DF, manifestou-se também o STJ sobre a ausência de advertência a terceiro, suposto corréu, quanto ao direito de manter-se calado, antes de ser ouvido pela autoridade policial, ocasião em que delatou o então paciente como um dos autores do roubo em que este acabou condenado, entendendo o Tribunal Superior que, no caso, não teria havido violação ao princípio que veda a auto-incriminação, visto que, quando o terceiro compareceu à Delegacia de Polícia, não foi na qualidade de indiciado ou suspeito, e, mesmo posteriormente denunciado como um dos autores do roubo, acabou absolvido pela dúvida, “não havendo o que se cogitar, na hipótese”, portanto, de ofensa ao princípio que veda a auto-incriminação, até porque nada confessou.

Decidindo acerca da constitucionalidade da segunda parte do art. 186 do CPP, com a redação anterior à Lei 10.792/2003, o STJ, num primeiro julgado, datado de 1997, a Quinta Turma considerou ausente qualquer violação ou incompatibilidade com o preceituado no art. 5º, LXIII, da CF/88, consignando que “ ‘o preso será informado que pode permanecer calado (art. 5º, inciso LXIII, da CF), o que não significa dizer que ficando calado será

¹⁰⁰ HC 88.223/RJ. Cf. ainda o julgado no HC 12.429/RJ, no HC 46.016/RJ, no HC 79.721/RJ.

absolvido ou obrigará o Juiz, no uso de seu *arbitrium regulatum* a interpretar o silêncio a seu favor...’ ”¹⁰¹.

Posteriormente, no ano de 2002, a mesma Quinta Turma, agora com outra composição, entendeu que: “A parte final do art. 186 do CPP não foi recepcionada pela Carta de 1988 (Precedentes do STF e do STJ). O silêncio do réu não pode ser usado, de per si, para fundamentar juízo condenatório”, decidindo, por isso, dar provimento a recurso especial para absolver o réu condenado que, interrogado, negou-se a falar sobre os fatos criminosos, tendo sido admitido como o autor dos fatos pelo Juízo singular por exclusão, haja vista a negativa de autoria das outras duas denunciadas, e também em razão do seu comportamento passivo quando interrogado, calando quando poderia dar sua versão dos fatos, e a influência dessa conduta “na apreciação (livre) da prova pela magistrada”¹⁰².

Aliás, já em 1999 o STJ, decidindo acerca de nulidade do interrogatório, pois o réu, embora advertido acerca de seu direito constitucional de permanecer calado, não teria sido avisado de que seu silêncio não lhe seria prejudicial, observando que o juiz teria feito a advertência em relação ao direito do acusado de permanecer calado, previsto na Constituição Federal e também na primeira parte do art. 186 do CPP, consignou que a segunda parte deste mesmo dispositivo havia sido “revogada” pela Constituição Federal de 1988¹⁰³.

¹⁰¹ RHC 6.480/SP.

¹⁰² REsp 363.548/SC.

¹⁰³ HC 10.285/MS.

A Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, nos idos de 2001, quando as Comissões Parlamentares de Inquérito pululavam em todo o país, julgou o HC 9.348/AC, impetrado em favor de paciente com prerrogativa de foro perante o STJ convocado para comparecer na Assembleia do Estado do Acre para prestar depoimento em Comissão Parlamentar de Inquérito criada para apurar irregularidades que teriam causado a falência do Banco daquele Estado, e em que se pretendia fosse determinado às autoridades indicadas como coatoras – deputados estaduais, responsáveis pela CPI –, que se abstivessem de ordenar qualquer ato de natureza penal persecutória em relação ao mesmo, “sem a obtenção prévia de autorização do Superior Tribunal de Justiça”.

Na oportunidade, dada a prerrogativa de foro do paciente, a Corte Superior entendeu por conceder a ordem em sua integralidade, determinando às autoridades impetradas que se abstivessem de ordenar qualquer ato de natureza persecutória em relação ao paciente e para que ele não mais fosse obrigado a comparecer perante a CPI, pois lá já havia estado e prestado seus esclarecimentos sobre os fatos, vencido o relator, que concedia a ordem tão somente para garantir ao paciente, ao comparecer à CPI, o direito de permanecer em silêncio e de só responder às perguntas que não lhe fossem prejudiciais criminalmente, eximindo-lhe ainda de assinar qualquer documento em que se obrigasse a dizer a verdade.

Ainda tratando sobre depoimentos prestados em Comissões Parlamentares de Inquérito, o Tribunal da Cidadania, na linha de julgados do Supremo Tribunal Federal, garantiu a cidadão arrolado como testemunha em CPI o direito de não assumir o compromisso de dizer a verdade e de

permanecer em silêncio sobre fatos que pudessem lhe incriminar, sem que, por esse motivo, fosse preso ou ameaçado de prisão, com a ressalva de que estaria obrigado a depor sobre fatos que não implicassem auto-incriminação¹⁰⁴, mantendo ainda decisão de Tribunal Estadual que, em sede de *habeas corpus*, reconhecendo a atipicidade da conduta, trancou ação penal em que se apurava o crime de falso testemunho atribuído a cidadão ouvido perante CPI na qualidade de investigado, por ter mentido sobre os fatos lá apurados, tudo em obediência ao privilégio contra a auto-incriminação e ao direito ao silêncio¹⁰⁵.

Aliás, no HC 57.420/BA, a Sexta Turma, com fundamento em julgados do Supremo Tribunal Federal, confirmou o entendimento na direção de que: “Não se há de negar o direito das testemunhas permanecerem em silêncio relativamente à pergunta cuja resposta importe em auto-incriminação”, devendo a interpretação da regra constitucional ser no sentido de que a garantia abrangeria toda e qualquer pessoa, fossem ouvidas na qualidade de suspeitas, investigadas, acusadas ou meras testemunhas, já que, pelo princípio da presunção de não-culpabilidade, a prova da culpabilidade incumbiria exclusivamente à acusação.

Sobre o direito de a defesa do réu fazer perguntas a corréu em interrogatório, as duas Turmas do Tribunal Superior divergem.

Na Sexta Turma prevalece o entendimento de que é lícito à defesa alheia formular perguntas a corréu sob interrogatório, resguardado o direito deste último de não as responder, tudo com o fito de garantir a ampla defesa

¹⁰⁴ HC 82.009/BA.

¹⁰⁵ REsp 402.470/AC e REsp 673.668/RJ.

e o contraditório¹⁰⁶, apesar de haver precedente do ano de 1993 em que, dada a judicialidade daquele ato antes da edição e entrada em vigor da Lei 10.792/2003 (o interrogatório era considerado ato exclusivo do juiz, em que as partes não poderiam intervir), sendo tido como meio de defesa, o réu teria o direito de ficar em silêncio e até de falsear a verdade dos fatos, segundo o art. 5º, LXIII, da CF/88, pelo que o disposto no art. 187 do CPP não violava o princípio da ampla defesa e o do contraditório¹⁰⁷.

A Quinta Turma, por seu turno, entende que, após a edição e entrada em vigor da Lei 10.792/2003, o interrogatório continua sendo meio de defesa, deixando apenas de ser ato personalíssimo do juiz, oportunizando à acusação e ao advogado do réu “a sugestão de esclarecimento de situação fática olvidada”, e, invocando o previsto no art. 5º, LXIII, da CF/88 e a nova redação conferida ao art. 186 e seu parágrafo único do CPP, concluiu que: “A sistemática moderna não transformou, de forma alguma, o interrogado em testemunha”, pois, “Ao passo que esta não pode se manter silente, aquele, por seu turno, não pode ser induzido a se auto-acusar (o silêncio, parcial ou total, é uma garantia do réu”, pelo que a realização de perguntas aos corréus, mesmo em caso de delação, pelo advogado *ex adverso*, além de não ter amparo legal, “criaria uma forma de constrangimento para o interrogado”, não sendo, por isso, possível)¹⁰⁸.

¹⁰⁶ HC 88.223/RJ e 162.451/DF.

¹⁰⁷ RHC 3.012/MG.

¹⁰⁸ HC 42.780/PR – A decisão foi por maioria de votos, vencida a Relatora, Ministra Laurita Vaz, que concedia a ordem, pois entendeu violada a regra do contraditório e da ampla defesa, *in casu*, diante da ausência de intimação do advogado do corréu delatado – então paciente – para a audiência de reinterrogatório de réu que o delatou.

Decidindo o HC 100.792/RJ, sobre o mesmo tema, a Quinta Turma afirmou: “carece de fundamento pretender-se que, **no concurso de agentes**, o réu devesse ficar submetido ao constrangimento de ter que responder ou até mesmo de ouvir questionamentos dos advogados dos co-réus. Admitir-se esta situação, **não prevista em lei**, seria uma forma de, indiretamente, permitir uma transgressão às garantias individuais de cada réu (previstas, dentre outros, no art. 5º, LXIII, da Carta Magna e nos artigos 185, § 2º, e 186 e seu parágrafo único, ambos do CPP), e até mesmo querer introduzir, entre nós, a indução, através de advogados de co-réus, da auto-acusação”.

O Tribunal da Cidadania, em julgado datado de 1992, teve oportunidade também de se posicionar se houve ou não ofensa ao no art. 5º, LIV e LXIII, da Carta Constitucional, no caso em que um indivíduo, em atitude suspeita, abordado pelos policiais, confessou informalmente a prática de um crime que acabara de cometer, findando preso em flagrante e conduzido à Delegacia de Polícia, onde se lavrou auto de prisão em que se advertiu o preso sobre o direito ao silêncio.

A Sexta Turma, na ocasião, entendeu que a prova em questão não seria ilícita, como alegado, pois não teria havido violação ao direito ao silêncio, já que se tratava de flagrante presumido, “em que as declarações antecederam a prisão”, “sendo certo que o paciente, quando da lavratura do auto respectivo, na presença de policiais e com assistência de advogado, de acordo com a Constituição, exerceu aquele direito, reservando-se a prestar declarações sobre o fato em juízo”. Afastou igualmente qualquer ofensa ao princípio da ampla defesa, pois “as simples perguntas feitas a pessoas, em atitude suspeita, sobre a origem de coisas que trazia consigo, não violam a

ampla defesa”, especialmente quando, assistido por advogado, o preso “usou o direito de manter-se calado”¹⁰⁹.

Dez anos depois, contudo, a mesma Sexta Turma, revendo seu posicionamento anterior, em julgado paradigmático firmou entendimento no sentido de que “eventual confissão extrajudicial obtida por meio de depoimento informal, sem a observância do disposto no inciso LXIII, do artigo 5º, da Constituição Federal, constitui prova obtida por meio ilícito, cuja produção é inadmissível nos termos do inciso LVI, do mencionado preceito”, concedendo a ordem de *habeas corpus* de ofício para declarar a ilicitude, ainda que de forma reflexa, da referida prova (confissão extrajudicial), determinando o seu desentranhamento da ação penal a que respondia o paciente¹¹⁰.

Em *habeas corpus* em que se pretendia o trancamento de ação penal deflagrada contra acusado por suspeita de ter participado do delito denunciado, haja vista que, intimado para comparecer à delegacia de polícia para reconhecimento pessoal, deixou de se apresentar, levando as autoridades ordinárias a concluir que, se não compareceu, forneceu, “ele mesmo, indícios de que esteja realmente envolvido nos fatos apurados a par de não haver sido apontado formalmente, por quaisquer das testemunhas”, o STJ, por sua Sexta Turma, manifestou-se no sentido de que “o indiciado, mesmo acusado, não está compelido a contribuir para a acusação e eventual condenação”, já que a Constituição Federal garantia o direito ao silêncio, pelo

¹⁰⁹ RHC 1.903/RJ.

¹¹⁰ HC 22.371/RJ.

que “a falta de atendimento [ao chamamento da autoridade policial], por isso, não é prova conclusiva” de participação no ilícito denunciado.

Não obstante, deixou de conceder a ordem, pois entendeu a Turma que, no caso, o trancamento pretendido reclamava investigação probatória, incompatível com o rito célere do *writ*¹¹¹.

Posteriormente, entretanto, a mesma Sexta Turma acabou denegando ordem de *habeas corpus* em que se alegava constrangimento ilegal, por ofensa ao direito ao silêncio, haja vista a intimação para comparecimento dos pacientes à delegacia de polícia para que prestassem esclarecimentos em sede de procedimento denominado Verificação de Procedência das Informações – VPI – instaurado em razão de denúncias anônimas, do que queriam os acusados se eximir, ao fundamento de que “poderiam comparecer à presença do Delegado e nada falarem, exercendo o direito ao silêncio”, não havendo o que se falar em coação à liberdade de locomoção dos pacientes¹¹². Ou seja, o comparecimento, nesse caso, foi considerado obrigatório, ressalvado o direito dos pacientes de manterem-se em silêncio quando prestassem suas declarações em sede policial.

Entendeu a Corte Superior, contudo, que não há crime de desobediência quando, intimado pela autoridade policial federal para comparecer à delegacia para prestar esclarecimentos sobre fatos criminosos, deixou o intimado de apresentar-se, uma vez que, além de no caso ter apresentado justificativa para não comparecer ao ato, apresentando-se posteriormente, à luz do novo ordenamento constitucional, não seria mais

¹¹¹ RHC 6.756/SP, julgado em 1997.

¹¹² HC 103.566/RJ, julgado em 2008.

exigível do indiciado ou acusado que comparecesse para prestar declarações, seja extrajudicialmente ou em juízo, sendo que sua ausência, “em última análise, somente ensejaria a decretação de sua revelia, ou a quebra de fiança”, mostrando-se obrigatório o comparecimento apenas quando assim ordenado pelo Juiz, com fundamento no art. 260 do CPP, sendo indispensável nesses casos a expedição de mandado judicial, ressalvado, contudo, nesse caso, o seu direito de não responder às perguntas que lhe forem formuladas¹¹³.

Igualmente interessante foi o decidido no HC 16.686/RJ, em que a Sexta Turma, sob a ótica do direito ao silêncio, deliberou sobre a obrigatoriedade ou não do comparecimento do acusado a exame de sanidade mental.

Concluiu a Turma pela obrigatoriedade do comparecimento, por se tratar de prova técnica, instituída no interesse da Justiça e direcionada à busca da verdade real, denegando, assim, por maioria de votos, o *habeas corpus* em que se pretendia fosse conferido ao paciente o direito de não ser compelido a produzir a referida prova, sob a alegação de que lhe seria prejudicial, mas, diante da divergência nascida quando do julgamento do caso, a Turma ressaltou que o paciente tinha direito ao silêncio, ou seja, deveria comparecer ao exame mas poderia deixar de responder às perguntas que lhe fossem formuladas, em obediência ao preceituado no art. 5º, LXIII, da CF/88.

Ainda sobre a produção de provas que dependam da participação do acusado, o STJ, julgando o RHC 15.316/SP, consignou que: “É

¹¹³ HC 17.121/ES.

inconstitucional qualquer decisão judicial contrária ao princípio *nemo tenetur se detegere*", de acordo com a inteligência do art. 5º, LXIII, da CF/88 e do art. 8º, § 2º, g, do Pacto de São José da Costa Rica.

Na hipótese, havia sido decretada a prisão temporária do paciente, posteriormente convertida em preventiva, com a finalidade única, segundo a defesa, de constrangê-lo a realizar exame biológico para confrontação de DNA, já que, passados os trinta dias da segregação temporária, foi ordenada a preventiva ao argumento de que o delito seria hediondo (apurava-se a ocorrência de estupro e atentado violento ao pudor praticados mediante violência presumida) e também porque o réu havia se negado a fornecer material para o exame de DNA, colocando, no entender do magistrado, em risco a instrução criminal.

A Sexta Turma, em acórdão da lavra do Ministro Paulo Medina, findou provendo o recurso ordinário em *habeas corpus*, revogando a prisão preventiva do paciente, por entender, entre outros fundamentos, que eram manifestamente inconstitucionais as decisões atacadas, pois feriam, ainda que de forma tácita, o princípio constitucional que vedava a auto-incriminação, deixando consignada ainda magistral lição sobre o tema, assim colocada:

Causa espécie, ainda, a decretação da prisão preventiva tendo por base a alegação de que o Recorrente negou-se a fornecer material probatório para análise de ADN, pois teria colocado em risco a instrução criminal. Além de decretada sem supedâneo legal, contrária, de forma escancarada, o direito a não auto-incriminação, inculcado no art. 5º, LXIII, da Carta Magna.

O brocardo latino *nemo tenetur prodere seipsum, quia nemo tenetur detegere turpitudinem suam* é aplicado desde a Idade Média, vale dizer, a regra segundo a qual "ninguém pode ser compelido a depor contra si mesmo, pois ninguém é obrigado a auto-incriminar-se" era reconhecida desde os tempos em que os homens eram considerados súditos, categoria muito inferior a *cidadão*, a qual pertence, por

determinação constitucional, todos os brasileiros, inclusive o Recorrente.

A Convenção Americana Sobre os Direitos Humanos, da qual o Brasil é signatário e, por isso, com envergadura de norma constitucional (art. 5º, § 2º, CR), dispõe em seu art. 8º, § 2º, g, verbis:

"Toda pessoa acusada de delito (...) (tem) o direito de não ser obrigada a depor contra si mesmo, nem a declarar-se culpada".

No Brasil, o texto constitucional prevê determinação semelhante ao consignar no art. 5º, LXIII, que *"O preso será informado de seus direitos, entre os quais permanecer calado (...)"*

O dispositivo erige como direito fundamental o direito ao silêncio ao consignar a expressão *"permanecer calado"*.

Hodiernamente, a interpretação constitucional assume uma posição de suma importância, principalmente nas questões que envolvem lesão a direitos e garantias fundamentais.

"O novo direito constitucional brasileiro, cujo desenvolvimento coincide com o processo de redemocratização e reconstitucionalização do país foi fruto de duas mudanças de paradigma: a) a busca da efetividade das normas constitucionais, fundada na premissa da força normativa da constituição; b) o desenvolvimento de uma dogmática da interpretação constitucional, baseada em novos métodos hermenêuticos e na sistematização de princípios específicos de interpretação constitucional. A ascensão política e científica do direito constitucional brasileiro conduziram-no ao centro do sistema jurídico, onde desempenha uma função de filtragem constitucional de todo o direito infraconstitucional, significando a interpretação e leitura de seus instintos à luz da Constituição". (BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro*. In Revista de Direito Administrativo. v. 225, jul/set 2001. Rio de Janeiro: Renovar, p. 36).

Destarte, os métodos interpretativos tradicionais, apesar de não proscritos da técnica exegética, não possuem a potencialidade necessária a concretizar os ditames constitucionais.

Assim, utilizando-se da hermenêutica constitucional adequada ao contexto do paradigma do Estado democrático de direito, ou seja, aplicando-se os princípios da máxima efetividade e da força normativa da constituição para justificar uma interpretação extensiva dos direitos fundamentais, o texto do citado dispositivo constitucional desdobra-se em conceitos muitos mais amplos, chegando a determinar que **ninguém pode ser compelido a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, seja em âmbito processual, administrativo ou qualquer outro, que tenha a possibilidade de trazer-lhe prejuízo na seara criminal.**

Dessa forma, *"A interpretação da regra constitucional deve ser no sentido de que a garantia abrange toda e qualquer pessoa, pois, diante da presunção de inocência, que também constitui garantia fundamental do cidadão (art. 5º, inc. LVII, CF e, ainda, Convenção Americana sobre direitos humanos, art. 8º, § 2º) a prova da culpabilidade incumbe exclusivamente à acusação* . Em decorrência disso, são incompatíveis com os referidos textos quaisquer disposições legais que possam, direta ou indiretamente, forçar o suspeito, indiciado, acusado ou mesmo qualquer pessoa (inclusive testemunha a uma auto-incriminação". (GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Direito à Prova no Processo Penal*. São Paulo: RT, 1999, p. 113). Grifei.

E concluindo, aponta:

Ou seja, "O princípio *nemo tenetur se detegere* abrange todas as ações, verbais ou físicas, capazes de contribuir para a incriminação de alguém. **A recusa em submeter-se a intervenções corporais - colheita de sangue para exame de DNA - e a participar da reconstituição do crime; a negativa em sujeitar-se ao exame de dosagem etílica em delitos de trânsito; a oposição à entrega de documentos que possam comprometer seu possuidor. Todos esses comportamentos, por trazerem potencial lesão ao direito de defesa do acusado, estão encobertos pela máxima**". (HADDAD, Carlos Henrique Borlido. *O interrogatório no Processo Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 136). Grifei.

Portanto, torna-se evidente que o princípio constitucional da não-auto-incriminação "*constitui uma barreira intransponível ao direito à prova da acusação; sua denegação, sob qualquer disfarce, representará um indesejável retorno às formas mais abomináveis de repressão, comprometendo o caráter ético-político do processo e a própria correção do exercício da função jurisdicional*". (GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Direito à Prova no Processo Penal*. São Paulo: RT, 1999, p. 114). Grifei.

O juiz de 1ª instância, ao decretar a custódia preventiva, e a denegação da ordem pelo Tribunal recorrido lesaram, indubitavelmente, direito fundamental do Recorrente, pois, disfarçadamente, tiveram o intuito de constrangê-lo a submeter-se ao exame pericial. A afirmação é corroborada pela manifestação ministerial transcrita e, principalmente, com a posterior concordância do Recorrente, na oportunidade do interrogatório (fls. 173-STJ), em fornecer material biológico para confrontação de DNA.

O Superior Tribunal de Justiça não admite, porém, a produção deliberada de prova falsa em ação judicial, não reconhecendo a pretendida aplicação do princípio que veda a auto-incriminação quando testemunha presta depoimento comprovadamente falso em ação cível com o intuito de prejudicar terceiro e favorecer comparsa.

O exemplo é o julgado no HC 98.629/SC, em que o paciente, condenado por falso testemunho prestado em processo cível (art. 342 do CP), pretendia a exclusão da condenação que lhe foi imposta, isto é, almejava fosse absolvido por atipicidade da conduta no tocante ao delito de falso testemunho, alegando, para tanto, que ao confirmar, na qualidade de testemunha arrolada pelo autor de ação de cobrança de honorários, a autenticidade de documento particular que respaldava a cobrança, sabidamente falso (até porque por ele produzido falsamente em conluio com

o autor da ação cível), agiu amparado no princípio *nemo tenetur se detegere*, já que, caso confirmasse a falsidade, estaria se auto-incriminando.

A Quinta Turma, em voto do Ministro Felix Fischer, denegou a ordem, assim manifestando-se:

Ainda que se diga que o paciente ao declarar a verdade, **no caso**, estaria de imediato assumindo a autoria de crime de falso, o fato é que não se pode desconsiderar, conforme dito, e vale aqui repisar, que o paciente, na hipótese em comento, atuava em conluio com o autor da ação originária, tendo sido arrolado como testemunha pelo próprio comparsa para que atestasse em juízo a idoneidade de documento particular por ele produzido, cujo conteúdo era, **por ambos**, sabidamente falso.

Percebe-se, portanto, que diferente das situações ensejadoras dos precedentes apontados, **na espécie**, o paciente engendrou seu comparecimento em juízo, na condição de testemunha, para, dolosamente, conferir solidez à pretensão de seu comparsa, deduzida em ação cível.

Assim, tenho que o princípio constitucional **nemo tenetur se detegere**, insculpido no art. 5º, LXIII, da **Lex Fundamental**, não alcança aqueles que comparecem em juízo com o propósito deliberado de produzir, falsamente, prova contra terceiros, ainda que, neste propósito, possam, **acidentalmente**, auto-incriminarem-se, razão pela qual é típica a conduta de testemunha que, com intuito deliberado de produzir prova contra terceiro, agindo em conluio com o autor de ação, comparece em juízo, arrolado como testemunha pelo próprio comparsa, e faz afirmação falsa em processo judicial, ainda que tais afirmações possam, **acidentalmente**, lhe acarretar eventual auto-incriminação.

Não é o mesmo que ocorre com testemunha que, legitimamente, mente para não se incriminar, nem com o advogado de defesa que a orienta nesse sentido (no sentido de fazer afirmação falsa) em processo criminal.

Foi o caso do julgado no HC 47.125/SP, da lavra do Ministro Hamilton Carvalhido, em que o paciente, advogado, pretendia fosse reconhecida a atipicidade de sua conduta – enquadrada no art. 342 c/c art. 29, ambos do CP – consistente no fato de ter orientado testemunha de processo criminal, usuário de drogas, arrolado em defesa de seu cliente, acusado de tráfico de entorpecentes, para declarar que não havia comprado drogas do réu para o seu uso.

Consta que a testemunha, comparecendo em juízo para prestar depoimento, “temendo a auto-incriminação”, afirmou “que não era usuário de drogas, falseando a verdade de que teria adquirido entorpecente” do réu, “o qual estava sendo acusado e fora condenado, por comércio clandestino de entorpecentes” em ação criminal.

Considerou a Sexta Turma que a conduta era atípica, uma vez que, na hipótese, a testemunha teria mentido em juízo com o fito de não se auto-incriminar, sem a finalidade especial de causar prejuízo à terceiro ou mesmo à administração da justiça, já que caso confirmasse a compra do material tóxico do réu para uso próprio, estaria confessando um delito. Assim, igualmente atípica a conduta do advogado que, em concurso de agentes, havia sido condenado pelo delito de falso testemunho por orientar a referida testemunha a mentir em juízo, pois tal direito estaria garantido pelo princípio que veda a auto-incriminação.

O *writ* foi concedido para trancar a ação penal em relação ao advogado paciente, sendo o terceiro interessado, o usuário, arrolado como testemunha, que mentiu no processo criminal, beneficiado com a concessão de *habeas corpus* de ofício no mesmo sentido.

Em recente julgado de repercussão nacional, o casal Alexandre Nardoni e Ana Carolina Jatobá, acusados do homicídio da pequena Isabela Nardoni, tentou invocar o princípio *nemo tenetur se detegere* para trancar a ação penal a que respondiam pelo delito de fraude processual – art. 347 do CP –, dentre outros crimes. A defesa alegava não poder ser autor do crime de fraude processual aquele a quem é imputado o crime que se tenta encobrir

– homicídio qualificado, no caso –, já que ninguém seria obrigado a produzir prova contra si mesmo.

Apesar do parecer favorável do Ministério Público Federal, a Quinta Turma entendeu diversamente, denegando a ordem, sob a motivação de que o princípio “não abrange a possibilidade de os acusados alterarem a cena do crime”, consignando o Relator, Ministro Napoleão Nunes Maia, que:

Uma coisa é o direito a não auto-incriminação. O agente de um crime não é obrigado a permanecer no local do delito, a dizer onde está a arma utilizada ou a confessar. Outra, bem diferente, todavia, é alterar a cena do crime, inovando o estado de lugar, de coisa ou de pessoa, para, criando artificialmente outra realidade ocular, induzir peritos ou o Juiz a erro¹¹⁴.

Por fim, muito recentemente o Tribunal Superior negou liminar em *habeas corpus* aforado em favor do Governador afastado do Distrito Federal, em que, invocando o direito ao silêncio, pretendia eximi-lo de prestar declarações em sede de investigação policial em que se apura a prática de extorsão da qual se colocaria ele, o Governador, como vítima.

Entendeu o Ministro relator que, estando o paciente arrolado na condição de testemunha, e não de investigado, não teria direito à invocação da prerrogativa de manter-se calado, até porque se colocava na condição de vítima da extorsão investigada, devendo, portanto, comparecer para prestar suas declarações sobre os fatos em apuração¹¹⁵.

Esses os julgados considerados mais relevantes do Superior Tribunal de Justiça sobre o direito ao silêncio e o princípio *nemo tenetur se detegere*, os quais bem delimitam a compreensão da Corte Superior sobre o sentido e

¹¹⁴ HC 137.206/SP.

¹¹⁵ HC 175.080/DF.

limites do direito de permanecer calado enquanto garantia fundamental, demonstrando que, desde sua criação até os dias atuais, vem se posicionando como um tribunal em constante evolução, ora demonstrando sua modernidade e liberalismo, ora afirmando seu conservadorismo, mas sempre preocupado com a ordem constitucional vigente e em legar ao país e aos brasileiros decisões em conformidade com o sentido de Justiça.

CONCLUSÃO

O estudo permitiu compreender que o direito ao silêncio, uma das facetas mais conhecidas do antigo princípio *nemo tenetur se detegere*, que significa que ninguém é obrigado se auto-acusar, garantido em tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário, embora tenha se erigido a garantia fundamental em nosso país somente com o previsto no art. 5º, LXIII, da Constituição Federal de 1988, já existia desde a edição e entrada em vigor da lei que instituiu o Código de Processo Penal, datada de 1941, mas em menor amplitude, já que, somente em 2003, com a mudança na redação dos arts. 185 e seguintes do CPP, é que o silêncio do acusado passou a não mais poder ser interpretado em seu desfavor, ajustando, assim, a ordem infraconstitucional à prerrogativa fundamental do silêncio já existente.

E essa prerrogativa, não obstante tenha sido amplamente garantida somente em 2003, tem sido observada pelo Superior Tribunal de Justiça desde a sua instalação, pois, dos julgados coletados e apontados na presente pesquisa, o que se viu é que, interpretando lógico-sistematicamente as normas jurídicas existentes, sempre procurou alinhar a legislação federal às regras constitucionais vigentes, especialmente as garantidoras de direitos fundamentais.

Certo que se visualizaram diferenças de compreensão entre os componentes da Sexta Turma, notadamente mais voltada à proteção das liberdades individuais garantidas na Carta Magna, e os da Quinta Turma, cujas interpretações desses mesmos direitos fundamentais por vezes se mostraram mais restritivas, mas o que se viu é que ambas as Turmas apresentam decisões memoráveis sobre o direito ao silêncio, corolário do princípio *nemo tenetur se detegere*.

Assim é que, em respeito à dignidade da pessoa humana, ao princípio da ampla defesa, da presunção de não-culpabilidade, dentre outros igualmente relevantes, é que se garantiu a toda e qualquer pessoa, sejam presos, suspeitos, indiciados, acusados e mesmo somente arrolados como testemunhas em processos criminais, a prerrogativa de que poderiam permanecer calados sobre fatos que lhe incriminassem, isto em sede de investigação policial, formal ou informal, assim como em sede judicial, não podendo tal atitude passiva – o calar – total ou parcialmente, ser interpretado em prejuízo de suas defesas, em quaisquer dimensões.

Garantiu-se também que o acusado não mais poderia ser objeto de prova no processo criminal, sendo exclusiva da acusação a obrigação de amealhar elementos incriminatórios (provas da culpabilidade) em desfavor do acusado, que não poderia mais ser compelido a, ativamente, fazer prova contra si, seja prestando declarações que viriam a lhe incriminar, ou mesmo sendo coagido a comparecer perante a autoridade policial ou em juízo para prestá-las, seja falseando a verdade dos fatos, caso resolvesse dar sua versão sobre o crime, seja realizando o exame do bafômetro, ou sendo constrangido a fornecer material para exame de DNA, sem que disso se extraíam: a) indícios de sua culpabilidade; b) fatores para justificar a ordenação de medida cautelar constritiva – prisão antecipada ou processual (antes da condenação); c) circunstâncias para aferir personalidade ou conduta social negativas para elevar reprimenda eventualmente cominada ao final da ação penal; d) a ocorrência de falso testemunho, caso minta para não se incriminar; e) a ocorrência de crime de desobediência, na hipótese de, intimado, deixar de comparecer para prestar esclarecimentos perante as autoridades policial ou judicial.

Dos julgados coletados e apontados pode-se concluir, outrossim, que quando afrontado tal princípio fundamental – o da vedação à auto-incriminação, do

qual é corolário o direito constitucional ao silêncio – o Tribunal Superior foi firme, conclamando a ilicitude da prova, quando, por exemplo, o suspeito, preso, confessou informalmente o delito, sem que fosse previamente advertido sobre o direito ao silêncio e de que o exercício dessa prerrogativa não lhe seria prejudicial, sendo ordenado, ainda, o desentranhamento da confissão extrajudicial obtida.

Igualmente preocupado com os ditames constitucionais e com a interpretação do ordenamento jurídico como um todo, o Superior Tribunal de Justiça, já em 1999, apontava a perda de validade da segunda parte do previsto no art. 186 do CPP, que permitia que o calar do réu pudesse ser interpretado em prejuízo da sua defesa, confirmando o entendimento em 2002, quando entendeu que a norma, nesse ponto, não havia sido recepcionada pela CF/88, antecipando a mudança legislativa que viria somente em 2003.

Não obstante a inclinação para a manutenção das liberdades individuais, a Corte Superior não se deixa enganar e delimita bem o sentido que entende ter o direito ao silêncio, não permitindo que acusados de falsear a verdade ou de alterar as provas de um crime saiam ilesos, sob a invocação do princípio que veda a auto-incriminação, fazendo ver que uma coisa é o direito de não praticar qualquer ato que comprometa ou prejudique o acusado no âmbito probatório, outra, bem distinta, é a de falsear a verdade dos fatos na qualidade de testemunha em processo criminal, com o fito de prejudicar terceiro e beneficiar comparsa, assim como inovar ou alterar (conduta ativa) o local onde ocorreram os fatos criminosos para, com isso, eximir-se da responsabilidade criminal.

Concluiu-se que nem em um, nem em outro caso, o direito à não auto-incriminação, ou mesmo o direito ao silêncio, poderiam ser invocados, não se reconhecendo o direito do acusado de, na qualidade de testemunha, mentir para

prejudicar terceiro (falso testemunho), ou o direito de alterar as provas de um crime para livrar-se de acusação de delito mais grave (fraude processual).

O conceito e dimensão do direito à não auto-incriminação, assim como o do direito ao silêncio, vêm sendo construídos diariamente pela doutrina e pela jurisprudência, podendo-se afirmar que o Superior Tribunal de Justiça tem contribuído, e muito, para a elucidação do significado e amplitude das referidas prerrogativas, com decisões modernas, de conformação constitucional e que espelham o que seus componentes entendem por *justiça*, cumprindo, assim, sua missão maior, a de traduzir a legislação federal aos tribunais e juízes do país, garantindo, assim, que haja segurança jurídica e que se continue construindo o que se chama Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Marcelo Schirmer. *A garantia da não auto-incriminação: extensão e limites*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

ARAS, Vladimir. A mentira do réu e o artigo 59 do CP. In CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (Org). *Garantismo penal integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil*. Salvador: Juspodivum, 2010, 239-266.

BOTTINO, Thiago. A doutrina brasileira do direito ao silêncio: O STF e a conformação do sistema processual penal constitucional. Disponível em http://www.iabnacional.org.br/article.php3?id_article=92. Acesso em 28-8-2010.

COUCEIRO, João Claudio. *A garantia constitucional do direito ao silêncio*. São Paulo: RT, 2004.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O interrogatório como meio de defesa (lei 10.792/2003). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 53, p. 185-200, mar-abr. 2005)

HADDAD, Carlos Henrique Borlido. *Conteúdo e contornos do princípio contra a auto-incriminação*. Campinas-SP: Bookseler, 1ª ed., 2005, p. 89.

QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo: (o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal)*. São Paulo: Saraiva, 2003.

OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de. *Processo e hermenêutica na tutela penal dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

OLIVEIRA, Eugenio Pacelli de; FISCHER, Douglas. Comentários ao código de processo penal e sua jurisprudência. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SILVA, Amaury. Interrogatório: panorama segundo a Lei 10.792/2003: Mizuno: SP, 2006, p. 127.

TOVIL, Joel. A proteção contra a auto-acusação compulsória aplicada à persecução penal. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, n. 22 p. 886-114, fev-mar. 2008.

ZAINAGHI, Diana Helena de Cássia Guedes Mármora. O direito ao silêncio: *evolução histórica. Do talmud aos pactos e declarações internacionais. Revista de Direito Constitucional e Internacional* n. 48. RT: São Paulo. p. 133-157.