

GISELE MENDES PEREIRA

O SILÊNCIO DO ACUSADO NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre em Direito, Curso de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho

CURITIBA

2001

TERMO DE APROVAÇÃO

GISELE MENDES PEREIRA

O SILÊNCIO DO ACUSADO NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre no Curso de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientador: Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho

Prof. Dr. João Gualberto Garcez Ramos

Prof. Dr. Luiz Alberto Machado

Curitiba,

de 2001

Ao Márcio, companheiro de todas as horas e
lutas...

*“Este é tempo de partido,
tempo de homens partidos.*

*Em vão percorremos volumes,
Viajamos e nos colorimos.
A hora pressentida esmigalha-se em pó na rua.
Os homens pedem carne. Fogo. Sapatos.
As leis não bastam. Os lírios não nascem
da lei. Meu nome é tumulto, e escreve-se
na pedra”.*

(ANDRADE, Carlos Drummond de. *Antologia Poética*. 32 ed. Rio de Janeiro : Record, 1996. p. 119).

AGRADECIMENTOS

Ao professor e amigo Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho pelo profícuo convívio intelectual e pela maneira segura e competente com que orientou e direcionou os meus estudos, fatores diferenciadores e definitivos para a consecução deste trabalho.

Aos professores do Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná pelo exemplo de dedicação e entusiasmo pela carreira acadêmica.

Aos colegas deste Curso de Mestrado pelo companheirismo e auxílio sempre lúcido e necessário.

À Universidade de Caxias do Sul pelo tratamento diferenciado concedido durante o período de realização das pesquisas.

Aos meus familiares e amigos pelas explícitas demonstrações de apoio e carinho.

Aos meus filhos, Luiz Daniel e Raquel, à minha nora Rosadília e ao meu neto Matheus pela paciência e compreensão diante dos momentos de ausência.

Ao Márcio pelo seu apoio incondicional e sua visão crítica do mundo contemporâneo.

SUMÁRIO

| | |
|--|------|
| LISTA DE SIGLAS | vii |
| RESUMO | viii |
| ABSTRACT | ix |
| INTRODUÇÃO | 1 |
| CAPÍTULO 1 O DIREITO AO SILÊNCIO E SUA EVOLUÇÃO HISTÓRICA ... 4 | |
| 1.1 CONCEITO..... | 4 |
| 1.2 O SILÊNCIO NA EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIIS..... | 6 |
| 1.2.1 O Sistema Inquisitório..... | 6 |
| 1.2.2 O Sistema Acusatório..... | 25 |
| 1.2.3 O Chamado Sistema Misto..... | 35 |
| CAPÍTULO 2 NOTÍCIA NO DIREITO COMPARADO | 40 |
| 2.1 DIREITO NORTE-AMERICANO..... | 40 |
| 2.2 DIREITO ITALIANO..... | 50 |
| CAPÍTULO 3 EVOLUÇÃO DO DIREITO AO SILÊNCIO NA LEGISLAÇÃO PÁTRIA | 61 |
| 3.1 LEGISLAÇÃO PORTUGUESA APLICADA NO BRASIL..... | 61 |
| 3.2 LEGISLAÇÃO DO PERÍODO IMPERIAL..... | 66 |
| 3.3 CONSTITUIÇÕES ANTERIORES..... | 86 |
| CAPÍTULO 4 O ENFOQUE NA ATUAL CONSTITUIÇÃO FEDERAL | 98 |
| 4.1 GENERALIDADES..... | 98 |
| 4.2 O DIREITO AO SILÊNCIO E OS PRINCÍPIOS CORRELATOS..... | 105 |
| 4.2.1 O Devido Processo Legal, a Ampla defesa e o Contraditório..... | 105 |
| 4.2.2 A Presunção de Inocência..... | 113 |
| 4.2.3 O Direito à Intimidade..... | 117 |
| CAPÍTULO 5 O CÓDIGO DE PROCESSO PENAL EM VIGOR: ASPECTOS PROBATÓRIOS RELEVANTES | 126 |
| 5.1 NOÇÕES GERAIS..... | 126 |
| 5.2 INDÍCIOS E PRESUNÇÕES..... | 131 |
| CAPÍTULO 6 O DIREITO AO SILÊNCIO NO INTERROGATÓRIO | 145 |
| 6.1 O INTERROGATÓRIO..... | 145 |

| | | |
|-------|---|-----|
| 6.1.1 | Conceito e Características..... | 145 |
| 6.1.2 | Natureza Jurídica..... | 154 |
| 6.1.3 | Finalidade..... | 156 |
| 6.2 | A DEFESA E O DIREITO AO SILÊNCIO..... | 163 |
| 6.2.1 | Posição Topográfica do Direito ao Silêncio no Interrogatório..... | 163 |
| 6.2.2 | Extensão, Amplitude e Delimitação..... | 165 |
| 6.2.3 | Reflexos..... | 186 |
| | CONCLUSÃO | 195 |
| | REFERÊNCIAS | 201 |

LISTA DE SIGLAS

| | |
|-----------|---|
| CF | - Constituição da República Federativa do Brasil |
| CP | - Código Penal |
| CPI | - Comissão Parlamentar de Inquérito |
| CPP | - Código de Processo Penal |
| IBCCRIM | - Instituto Brasileiro de Ciências Criminais |
| JUSTITIA | - Revista do Ministério Público de São Paulo e da Associação Paulista do Ministério Público |
| RDA | - Revista de Direito Administrativo |
| RJDTACRIM | - Revista de Julgados e Doutrina do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo |
| RJTJRGS | - Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul |
| RJTJSP | - Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo |
| RT | - Revista dos Tribunais, Editora Revista dos Tribunais |
| RTJ | - Revista Trimestral de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal |
| TACrimSP | - Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo |
| TJSP | - Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo |

RESUMO

O presente trabalho investiga a eficácia do direito ao silêncio na legislação processual penal brasileira, principalmente em face da Constituição Federal em vigor. O desenvolvimento do corolário do direito ao silêncio - o privilégio contra a auto-incriminação - se confunde com a própria evolução histórica dos sistemas processuais penais. A partir da relevância conferida ao interrogatório e à confissão, e aos métodos utilizados para obtê-la, conclui-se que os regimes políticos ditatoriais (e/ou que objetivam a manutenção do poder dos grupos dominantes), costumam implantar um sistema processual penal apto a proporcionar o sacrifício do direito ao silêncio e do privilégio contra a auto-incriminação, caso do inquisitorial (e do chamado sistema misto), havendo, por outro lado, maior compatibilidade no sistema acusatório. No Brasil, o histórico da legislação processual penal e do conturbado cenário político confirmam essa tendência. Já no âmbito do direito comparado, paradigmáticos são os posicionamentos adotados pelos Estados Unidos da América e Itália, os quais foram fundamentais para conformar toda a base principiológica que envolve o direito ao silêncio. Assim é que os princípios do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório, da presunção de inocência e o direito à intimidade, são indispensáveis à efetivação de tal benefício. Por outro lado, os indícios e as presunções são aspectos probatórios relevantes para o entendimento do direito ao silêncio, assim como o conceito de prova penal. Com efeito, o silêncio do acusado não é um indício, o que, por conseguinte, não pode induzir à presunção de culpabilidade. O Código de Processo Penal inviabilizou a utilização do direito ao silêncio ao possibilitar sua interpretação como contrária a quem dele faça uso. De outra banda, a forma incondicional de tratamento dispensado pela Constituição Federal, no artigo 5º, inciso LXIII, resulta na derrogação dos arts. 186 e 198, e revogação do art. 191, todos do Código de Processo Penal. Calar é a maior expressão do direito ao silêncio, o qual pode ser exprimido, também, por outras formas, além do que cabe em qualquer processo e procedimento, podendo ser exercitado pelo suspeito, pelo indiciado, pelo acusado e pela testemunha, mesmo antes e fora do processo penal. O senso comum, reforçado pelo provérbio popular *quem cala consente*, dificulta o pleno acatamento do direito ao silêncio não só pelos operadores do direito, mas também pela sociedade em geral. Para que o direito ao silêncio possa ser efetivamente exercitado como um direito constitucional, sem ônus, deve ser considerado, em termos probatórios, como um nada. Pela própria estrutura do processo criminal, o julgador não dispõe de meios para interpretá-lo corretamente e deve ser visto apenas como uma estratégia da autodefesa e/ou da defesa técnica. Somente com a transformação na consciência do julgador e da sociedade, poderão ser rompidas as amarras do senso comum (já que o silêncio não é um meio de prova), possibilitando que o direito ao silêncio seja alçado ao lugar que lhe compete num Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Direito ao Silêncio; Privilégio Contra a Auto-Incriminação; Interrogatório; Confissão; Acusado; Constituição Federal; Código de Processo Penal.

ABSTRACT

The current composition investigates the efficacy of the right to stay silent in the Brazilian criminal procedure legislation in face of Federal Constitution of 1988. The developing of the corollary of the right to stay silent - the privilege against self-incrimination - is confused with the criminal process systems of the historical evolution itself. From the relevance bestowed on the interrogatory and the confession, as well as to the methods used to obtain what you want, we conclude that the dictatorial political regimes that have in mind to maintain the power of the dominating group, are used to implement a criminal process system capable of proportioning the sacrifice of the right to stay silent and the privilege against self-incrimination, as the case of the inquisitorial (and of the so-called mixed system), having, on the other hand, more compatibility with the accusatory system. In Brazil, the history of the criminal procedure legislation and the disturbed political scene confirm this tendency. In the scope of the comparative law, the position adapted by the U.S.A. and Italy are paradigmatic and were fundamental to conform the whole basis of principles which include the right to stay silent. This is the way in which the principles of the due process of law, of the legal defense, of the contradictory, the presumption of innocence and the right to intimacy are indispensable to the effectiveness of such a benefit. On the other hand, the evidences and the presumption are relevant probatory aspects for the understanding of the right to stay silent, as well as the concept of criminal proof. In fact, the silence of the accused is not an evidence, which therefore cannot induce to the presumption of guiltiness. The Criminal Procedure Code made the use of the right to stay silent impracticable by making its interpretation contrary to those who use it. In another form, the unconditional form of treatment by the Federal Constitution, Article 5, Section 63, results in the derogation of the Articles 186 and 198, revoking the Article 191, all of the Criminal Procedure Code. Silencing is the biggest expression of the right to stay silent which can also be expressed in other forms besides the one held in any process or procedure, capable of being exercised by the suspect, the indicted, the accused of, by the witness, before the criminal trial and even out of it. The common sense, reinforced by the popular proverb *silence gives consent*, makes the full deference of the right to stay silent more difficult, not only to the professionals at law, but also to society in general. For the right to stay silent be effectively exercised as a constitutional right free of charge, it must be considered in probatory terms as nothing. By the structure of the criminal process itself, the judge doesn't dispose of the means to interpret it correctly and it must only be seen as a strategy of self-defense and/or technical defense. Only with conscious transformation of the judge and the society, the bindings of the common sense may be ruptured (since silence is not a means of proof), making it possible for the right to stay silent being elevated to its right place in the Democratic State ruled by Law.

Key-words: Right to Stay Silent; Privilege Against Self-Incrimination; Interrogatory; Confession; Accused (of); Federal Constitution; Criminal Procedure Code.

INTRODUÇÃO

A atual Constituição Federal, promulgada em 1988 e inspirada em princípios democráticos, no inciso LXIII do artigo 5º trouxe para a pessoa acusada da prática de uma infração penal o direito de permanecer calada. Já o artigo 186, do Código de Processo Penal (em vigor desde 1941 e inspirado no pensamento jurídico fascista), por seu turno, reconhece este direito, mas faz a ressalva de que o silêncio poderá ser interpretado pelo juiz como indício de culpabilidade por parte do réu. Hipóteses no mesmo sentido podem ser encontradas nos artigos 191 e 198, do CPP.

Surge, assim, o questionamento acerca da eficácia do referido benefício, na medida em que seria, no mínimo, incongruente interpretar a utilização de um direito em desfavor de quem dele fez uso.

A doutrina manifesta-se timidamente a respeito do assunto. Há posicionamentos no sentido de que calar é um direito do acusado, mas que os artigos do Código de Processo Penal acima referidos não foram revogados, uma vez que compete ao juiz fazer a interpretação do silêncio e dar-lhe a dimensão que entender, baseado nas demais provas e, dessa forma, sentenciar fundamentado no seu livre convencimento. Outros autores alegam ser natural a qualquer ser humano acusado injustamente, rebelar-se e procurar defender-se a todo custo, sendo o silêncio prova capaz de levar o juiz a presumir a culpabilidade. Seria um grave indício acerca da culpabilidade do réu que não teria motivos para calar, caso fosse inocente da imputação feita. Este posicionamento é baseado no velho (e discutível) adágio popular de que *quem cala consente*, repetido à exaustão ao longo dos tempos e pretensamente erigido a uma verdade secular por conta do senso comum das pessoas.

Outros, ainda, opinam pela revogação dos citados artigos, devido à sua incompatibilidade com o direito ao silêncio, bem como com os princípios constitucionais processuais penais, tais como o princípio do estado de inocência, do contraditório, da ampla defesa, do devido processo legal e com o direito à intimidade.

A jurisprudência ainda não foi firmada e, sobre o tema, há divergências aparentemente inconciliáveis.

Esta dicotomia originou a motivação sobre a efetivação do direito ao silêncio na legislação processual penal brasileira, pelo que a questão central deste trabalho consiste na análise dos aspectos desse direito, assim como de seu corolário: o privilégio contra a auto-incriminação.

A relevância do tema reside na possibilidade de se (re)discutir, no âmbito de um procedimento penal, o (não) significado do silêncio, objetivando contribuir com a doutrina e a jurisprudência na solução das incongruências, contradições e questionamentos que permeiam o assunto:

Calar pode ser uma forma de autodefesa?

A opção pelo silêncio pode ser uma tática da defesa técnica?

A segunda parte do artigo 186, do CPP, foi revogada pelo inciso LXIII, do artigo 5º, da CF/88?

Os artigos 191 e 198, do CPP foram revogados pela CF/88?

A opção do acusado pelo direito ao silêncio, durante os depoimentos nas fases extrajudicial e judicial, pode ser interpretada em seu prejuízo?

O juiz pode tomar como indício de culpabilidade o fato do acusado recusar-se a falar?

O direito ao silêncio restringe-se à opção de calar perante a autoridade que preside o interrogatório?

A busca da verdade real fica prejudicada com o exercício do direito de calar do réu?

Tais indagações, recorrentes no cotidiano forense, estão analisadas no texto, dividido em seis capítulos, tendo os cinco primeiros o objetivo de fornecer subsídios para o entendimento do direito ao silêncio, melhor explicitado no sexto capítulo.

O primeiro capítulo tratará, inicialmente, do conceito do direito ao silêncio, passando para o privilégio contra a auto-incriminação. Procurará explicitar suas características para, em seguida, analisar a evolução histórica do direito ao silêncio nos sistemas processuais penais. A opção por tal análise decorre do fato da história do direito ao silêncio guardar similitudes com a evolução dos sistemas processuais.

Percebe-se, assim, a estreita ligação entre a observância, ou não, do direito ao silêncio em cada um dos sistemas processuais penais conforme suas características.

O capítulo segundo analisará as características do direito ao silêncio no direito comparado. Por amostragem, serão pesquisados os modelos norte-americano e italiano. Estes dois modelos foram selecionados devido à sua influência no nosso direito, assim como pelo estágio de evolução que apresentam em relação ao direito ao silêncio, sendo, inclusive, paradigmáticos nessa matéria.

O capítulo terceiro terá como preocupação a evolução do direito ao silêncio e do privilégio contra a auto-incriminação na legislação pátria. Assim, a análise estará centrada na legislação portuguesa aplicada no Brasil, passando para a legislação produzida durante o período imperial e finalizando por uma pesquisa das Constituições que vigoraram anteriormente no País.

O capítulo quarto analisará os princípios correlatos ao direito ao silêncio, inseridos na atual Constituição Federal. Serão examinados os princípios que constituem sua gênese, assim como os que lhe servem de suporte.

O capítulo quinto tratará dos aspectos probatórios e sua relação com o direito ao silêncio. Serão discutidos alguns aspectos relevantes da prova penal e a forma como o assunto é abordado pelo Código de Processo Penal em vigor.

Finalmente, o sexto capítulo abordará a forma como o direito ao silêncio é tratado durante os atos característicos do interrogatório, procurando determinar a extensão, a amplitude, a delimitação e os reflexos do direito ao silêncio na legislação processual penal em vigor.

Assim, o objetivo maior é demonstrar que o preceito constitucional referente ao direito ao silêncio ainda não é disponibilizado em sua plenitude, indicando as razões nem sempre razoáveis do seu descumprimento.

CAPÍTULO 1 O DIREITO AO SILÊNCIO E SUA EVOLUÇÃO HISTÓRICA

1.1 CONCEITO

O silêncio pode ser examinado sob diversos prismas: sociológico, psicanalítico, psicológico, lingüístico, entre outros, sendo que para o desenvolvimento do tema proposto interessa primordialmente o sentido etimológico e o jurídico. Assim, etimologicamente, a palavra silêncio originou-se do idioma grego, onde encontramos a palavra “...*silentium*, referida a *silens* que significa: que se cala, silencioso, que não faz ruído, calmo, que está em repouso, sombra, etc.”¹ O silêncio “em si mesmo considerado, é um ato negativo em relação ao falar, sendo, conseqüentemente, a abstenção de falar.”² Para o jurista Baptista de Mello, “...é uma palavra, pois, que designa o estado da pessoa que se cala, que se abstém de falar, seja pela cessação do commercio epistolar, seja pela falta de resposta. Como acto que é da vontade e do pensamento, o silêncio pôde traduzir não somente contrariedade, opposição e repulsa, como aprovação, consentimento e confirmação.”³ Assim, há uma dualidade na interpretação do silêncio, que não pode ser tomado em apenas uma acepção mas, ao contrário, há que ser verificado o contexto no qual foi utilizado, as emoções ocultas enfim, é necessário tentar entendê-lo sob a ótica do sujeito que dele fez uso.

Entender o significado do silêncio sempre foi uma preocupação do ser humano, sendo que a pintura, a música, a literatura, a dança, isto é, as artes em geral, procuraram retratá-lo onde era reconhecido “...como symbolo da calma, da moderação e da harmonia.”⁴ Os povos antigos, no afã de entendê-lo, erigiram-no à categoria de divindade, sendo que, “...o silêncio, através da história, foi uma divindade pagã: Horus

¹ ORLANDI, Eni Puccinelli. *As formas do silêncio : no movimento dos sentidos*. 4. ed. Campinas : Editora da UNICAMP. 1997. p. 35.

² LOPES, Miguel Maria de Serpa. *O silêncio como manifestação da vontade nas obrigações*. 2. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro : Livraria Suissa – Walter Roth, 1944. p. 139.

³ MELLO, Baptista de. O silêncio no direito. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 751, p. 731-743, mai. 1998. p. 731.

⁴ MELLO, Baptista de. O silêncio no direito. p. 731.

no Egypto, Harpócrates na Grécia, Augerona e Tacita em Roma demoravam nos delubros, recebendo o fervoroso culto da fina flôr da gente antiga.”⁵

Entretanto, mesmo juridicamente, o silêncio admite diversas interpretações, de acordo com o ramo da ciência jurídica focado. Assim, o silêncio tem uma conotação diferente quando analisado sob o prisma do Direito Civil e outra no Penal, no Administrativo, Processual Civil, entre outros.

O silêncio será aqui interpretado e analisado sob o enfoque do Direito Processual Penal e também como direito individual fundamental assegurado pela Constituição Federal de 1988, qual seja, o silêncio embasado na “...cláusula de que ninguém será obrigado a testemunhar contra si próprio num processo criminal.”⁶ Em outras palavras, “...a liberdade de declaração ou direito ao silêncio é expressão fundamental do privilégio contra a auto-incriminação, ou seja, o direito de toda pessoa em não ser convertida em meio ativo de prova contra si própria, (...) nem produzir provas contra si mesmo ou praticar atos lesivos à sua defesa, ou a auto-incriminar-se (...*nemo tenetur se detegere*).”⁷ Além desta expressão latina utilizada para definir o princípio acerca do direito ao silêncio, existem outras, como: “...*nemo tenetur edere contra se, nemo tenetur se accusare, nemo tenetur se ipsum prodere, nemo tenetur detegere turpidunem suam, nemo testis se ipsum*.”⁸

E é primordial a defesa desse direito constitucional, na medida em que, aqui (diferentemente do que perpassa no senso comum da pessoas), ele é um nada; um não ser. Desta forma, só por construção (i)lógica é que poderá produzir algum efeito.

Topograficamente “...o direito ao silêncio insere-se no plano do direito material, no direito à intimidade, que, por sua vez, enquadra-se entre os direitos que

⁵ MELLO, Baptista de. O silêncio no direito. p. 731.

⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. *O valor da confissão como meio de prova no processo penal*. São Paulo : Revista dos Tribunais. 1997. p. 163.

⁷ BARBIERO, Lourí Geraldo. O direito constitucional do réu ao silêncio e suas conseqüências. *Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros*, Rio de Janeiro, n. 5, p. 215 - 224, 1998. p. 215.

⁸ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; MORAES, Maurício Zanoide. Direito ao silêncio no interrogatório. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, n. 6, p. 133 - 147. abr./jun. 1994. p. 134.

constituem atributo da personalidade”⁹, sendo que estes são considerados direitos inerentes a todo indivíduo, e também gozam da tutela constitucional no capítulo dos Direitos e Garantias Individuais e Coletivos. Logo, o problema não é o silêncio em si considerado (pois ele não é); o problema é a imagem que dele se faz.

Há ainda outras disposições constitucionais, inseridas no capítulo supracitado que têm no direito ao silêncio uma das formas de sua manifestação, como os princípios da presunção de inocência, do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório, já que o silêncio do acusado pode ser considerado tanto como manifestação de autodefesa, como um meio de defesa técnica. E há ainda os sentimentos que levam o acusado a silenciar e que não podem passar despercebidos ao julgador.

O que se pretende coibir com a disposição de proteção do direito ao silêncio é que o acusado seja transformado em instrumento de prova contra si mesmo, que seja torturado para confessar, que tenha sua intimidade violada ou os direitos à sua personalidade esmiuçados, porquanto, “...há um princípio de direito natural que se sobrepõe a todos os métodos e sistemas de repressão penal: - é o do domínio, pelo homem, do sagrado e indevassável recinto da consciência.”¹⁰

1.2 O SILÊNCIO NA EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS

1.2.1 O Sistema Inquisitório

A evolução histórica do direito ao silêncio guarda estreita pertinência com a evolução dos sistemas norteadores do processo penal. Tal assertiva é baseada na amplitude dos direitos assegurados ao acusado em cada um deles.

⁹ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; MORAES, Maurício Zanoide. Direito ao silêncio no interrogatório, p. 136.

¹⁰ NEVES, Serrano. *O direito de calar*. São Paulo : Livraria Freitas Bastos, 1960. p. 11.

Assim, um sistema¹¹ mais rígido voltado à manutenção de regimes autoritários, por óbvio, buscará meios para coibir as manifestações contrárias e concentrará esforços no sentido de manter o indivíduo sob a mais cerrada vigilância. Um meio que vem se revelando eficaz para a consecução de tais objetivos ao longo da história da humanidade é a transformação do sujeito em objeto do processo, tomando seu corpo e sua liberdade, restringindo os direitos e as possibilidades de defesa do cidadão e, dessa forma, submetendo-o ao poder e arbítrio do Estado.¹² Nesse tipo de sistema, o direito ao silêncio e seus matizes costumam ser sacrificados, por se constituírem em um obstáculo ao poder.

Por outro lado, quando o sistema adotado para o processo penal contempla o indivíduo com direitos e garantias a serem interpostas contra o próprio Estado, numa demonstração de prevalência do homem sobre os interesses de dominação de grupos ou castas, o privilégio contra a auto-incriminação costuma florescer e atingir sua plenitude, salvaguardando o acusado no momento quiçá mais tumultuado de sua existência, quando lhe é imputado uma conduta criminalmente relevante.

Dessa forma, se hoje o direito ao silêncio está inserido em diversas legislações, inclusive na nossa onde foi alçado à condição de garantia constitucional, um extenso caminho foi percorrido ao longo da história humana e jurídica, para trazê-

¹¹ Neste trabalho o vocábulo *sistema* será utilizado no sentido próprio, definido por Kant, Immanuel. *Crítica da razão pura*. Tradução de: Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão. 4. ed. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian. 1997. p. 657, como sendo "...a unidade de conhecimentos diversos sob uma única idéia. Esta é o conceito racional da forma de um todo, na medida em que nele se determinam *a priori*, tanto o âmbito do diverso, como o lugar respectivo das partes. O conceito científico da razão contém assim o fim e a forma do todo que é correspondente a um tal fim. A unidade do fim a que se reportam todas as partes, ao mesmo tempo que se reportam umas às outras na idéia desse fim, faz com que cada parte não possa faltar no conhecimento das restantes e que não possa ter nenhuma adição accidental, ou nenhuma grandeza indeterminada da perfeição, que não tenha os seus limites determinados *a priori*. O todo é, portanto, um sistema organizado (*articulado*) e não um conjunto desordenado (*coacervatio*); pode crescer internamente (*per intussusceptionem*), mas não externamente (*per oppositionem*), tal como o corpo de um animal, cujo crescimento não acrescenta nenhum membro, mas, sem alterar a proporção, torna cada um deles mais forte e mais apropriado aos seus fins" ou seja, primacial aqui a idéia da unidade do princípio, ou do princípio único, caracterizador e fundamento primeiro para a existência de um sistema."

¹² Conforme FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir* : nascimento da prisão. Tradução de: Raquel Ramallete. 14. ed. Petrópolis : Vozes, 1996. p. 33-41.

lo até nossos dias da forma como o conhecemos e, pretensamente, o entendemos. Para seu desenvolvimento, assim como de todos os demais direitos inerentes ao ser humano, inúmeras vidas foram ceifadas; milhares, provavelmente milhões de pessoas padeceram com as torturas, mutilações e outras atrocidades. Entretanto, é primordial destacar que raramente encontramos nas civilizações mais antigas o direito ao silêncio com a conotação atualmente dada, como um direito expreso, válido e instituído, mas sim, pela via indireta, podemos vislumbrar sua gênese, buscar seu fundamento, no privilégio contra a auto-incriminação.

Alguns autores afirmam que as raízes do direito ao silêncio podem ser encontradas já na própria na Bíblia Sagrada.¹³ Tal afirmação funda-se na inexistência, neste livro sagrado para os cristãos, de disposições prescrevendo a prática da tortura e sequer exigindo a confissão por parte do acusado.¹⁴

Nota-se, também, outras disposições exigindo o depoimento testemunhal para a comprovação da autoria atribuída a alguém pela prática de certos crimes,¹⁵ numa demonstração de que no Antigo Testamento já se admitiam outros meios de prova

¹³ É o posicionamento de DIAS NETO, Theodomiro. O direito ao silêncio : tratamento nos direitos alemão e norte-americano. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 19, p. 179-204, jul./set. 1997. p. 186. No mesmo sentido vide BARBIERO, Lourival Geraldo. O direito constitucional do réu ao silêncio e suas consequências, p. 215.

¹⁴ Conforme ALMEIDA, Angela Mendes de. *O gosto do pecado* : casamento e sexualidade nos manuais de confessores dos séculos XVI e XVII. Rio de Janeiro : Rocco, 1992. p. 11 e seguintes: "Ao contrário do que se pensa usualmente, nem sempre a confissão existiu entre os cristãos: não enquanto sacramental e obrigatória, e não enquanto confissão privada do fiel ao padre. Na verdade a confissão católica - obrigatória uma vez por ano apenas a partir do século XIII - só veio a ganhar seu contorno sacramental contemporâneo no Concílio de Trento (1545-1563). (...) Nos tempos da Igreja primitiva, era a eucaristia que exercia sobre os pecadores o papel de controle, semelhante ao que posteriormente a confissão iria desempenhar. (...) O século XII foi fundamental para o processo de transição da confissão pública para a privada. Neste período os teólogos multiplicaram suas definições com o objetivo justamente de conciliar a teoria da predestinação pela graça com o 'poder das chaves' sacerdotal, concretizando na função de absolver, em nome de Deus, os pecados humanos. Mas foi o Concílio de Paris (1198) que marcou o momento da generalização da confissão privada, também atestada pelas instruções saídas do Concílio de Londres, de 1200. Em seguida o Concílio de Latrão (1215-1216) sob a condução do Papa Inocêncio III, deu o passo decisivo, tornando obrigatória a confissão anual."

¹⁵ Conforme VERRI, Pietro. *Observações sobre a tortura*. Tradução de: Federico Carotti. São Paulo : Martins Fontes, 1992. p. 90: "...observo que no texto sagrado não há nenhuma menção à tortura, e, pelo contrário, ao se prescreverem as práticas a serem empregadas com os réus, toma-se o caminho da prova a partir das testemunhas, e não se exige a confissão do réu."

como forma de buscar um deslinde do fato delituoso.¹⁶ Assim, a necessidade da prova testemunhal corroborada pela omissão acerca da imperiosidade da confissão do acusado, permite deduzir acerca de sua não obrigatoriedade, possibilitando visualizar na Bíblia o cerne do privilégio contra a auto-acusação.

Segundo Romeiro, o direito hebraico já observava o princípio contra a auto-acusação, sendo inclusive considerada a confissão proferida pelo acusado “...como aberrante da natureza humana, ou decorrente de um estado de loucura transitória.”¹⁷ Para a condenação era observado o conjunto probatório, sendo que apenas a confissão do acusado era considerada prova insuficiente.¹⁸

Uma forma rudimentar desse privilégio pode também ser encontrada no Código de Hamurabi, escrito provavelmente entre 1726 e 1686 antes de Cristo e que se constitui no “...monumento jurídico mais importante da antigüidade antes de Roma.”¹⁹ A história jurídica dos povos antigos demonstra que, provavelmente, foi nessa codificação onde pela primeira vez ocorreu o regramento de um rol de direitos eminentemente ligados ao ser humano, como o direito à vida, à honra, à propriedade, à

¹⁶ Nesse sentido vide BÍBLIA. Deuteronomio. Português. *Bíblia Sagrada*. Tradução de: Antônio Pereira de Figueiredo. São Paulo : Livraria Editora Iracema Ltda, 1979. Cap. 19, vers. 15. p. 159: “Não valerá contra alguém uma só testemunha, seja qual for o delito, ou crime: mas tudo passará por constante sobre o depoimento de duas ou três testemunhas.”

¹⁷ ROMEIRO, Jorge Alberto. *Considerações sobre o conceito do interrogatório do acusado*. Rio de Janeiro : Oficinas Alba Gráficas, 1942. p. 20. No mesmo sentido ver NUCCI, Guilherme de Souza. *O valor da confissão como meio de prova no processo penal*, p. 132: “O povo hebreu foi o primeiro do Oriente que consagrou o interrogatório como meio de defesa, pois via na admissão de culpa uma flagrante contrariedade à natureza.”

¹⁸ Nesse sentido VERRI, Pietro. *Observações sobre a tortura*, p. 92. Manifestando-se sobre o direito criminal dos hebreus, ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. *O processo criminal brasileiro*. 4. ed. São Paulo : Freitas Bastos S/A, 1959. v.1. p. 21-22, não faz menção a torturas como forma de induzir à confissão e sequer entra em pormenores acerca de eventuais maneiras de proceder ao interrogatório, sendo que se refere ao instituto apenas quando trata dos princípios sobre os quais se assenta o direito hebreu: “Desde a legislação mosaica, além das garantias contra o falso testemunho, ficaram firmados os seguintes princípios: 1.º Não havia prisão preventiva: fora do caso de flagrante delito, o acusado hebreu não era prêso senão depois de conduzido ao tribunal para defender-se e ser julgado; 2.º Não era o acusado submetido a interrogações ocultas: segundo os rabinos, ninguém podia ser condenado somente pela confissão; (grifei); 3.º Ninguém podia ser prêso e, muito menos condenado, pelo dito de uma só testemunha, nem por conjeturas; 4.º A instrução e os debates eram públicos e os julgamentos eram conferidos e acordados em segredo; 5.º O recurso era um direito individual e sagrado.”

¹⁹ GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. Tradução de: Antônio Manuel Hespanha e L. Manuel Macaísta Malheiros. 2. ed. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 1995. p. 61.

dignidade e família, havendo ainda a subserviência dos governantes em relação às leis.²⁰

No Código de Hamurabi não havia regra jurídica exigindo a confissão do acusado. Na ausência de outras provas tais como o flagrante, documentos ou testemunhas, o acusado poderia fazer um juramento em nome de Deus e apresentar sua versão dos fatos como uma forma de defender-se, conforme determinam seus parágrafos 20, 103, 131, 206, 227, 249 e 281. A ele não era imposta nenhuma espécie de coação física, subentendendo-se que o acusado não iria auto-incriminar-se voluntariamente, confessando a prática de atos considerados criminosos.

Portanto, não havia a prática da tortura como forma de induzir à confissão, bastando proferir um juramento em nome de Deus, de dizer a verdade. Por seu turno, o juramento constitui-se em uma forma de constranger moralmente o acusado a proferir a verdade, uma vez que seu corpo não seria supliciado, mas sua consciência seria violada acaso mentisse. A inexistência de previsão da tortura física no Código de Hamurabi representa, pelo menos nesse sentido, um significativo avanço para os costumes da época, o que permite deduzir que essa legislação, escrita alguns séculos antes de Cristo, apresenta um arremedo do direito de não se auto-acusar.²¹

Na Grécia, observa-se que o direito contra a auto-incriminação não foi respeitado. Isso porque além do procedimento criminal ser oral e público, havia o compromisso de comparecer ao julgamento para depor, bem como era obrigatório prestar o juramento de dizer a verdade, tanto para o acusado como para as testemunhas. A tortura poderia ser aplicada aos escravos, uma vez que havia o entendimento no sentido de ser indigna sua oitiva por outra forma. Tal prática do suplício durante o interrogatório foi, paulatinamente, sendo estendida também para os

²⁰ Conforme MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais : teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. São Paulo : Atlas, 1998, p. 24-25.

²¹ Conforme ROMEIRO, Jorge Alberto. *Considerações sôbre o conceito do interrogatório do acusado*, p.11-12.

homens livres, tornando-se prática comum e ignorando-se o privilégio contra a auto-incriminação.²²

No direito romano, o tratamento dispensado ao acusado e conseqüentemente os direitos que lhe eram assegurados variaram de acordo com o período e a forma de processo vigente.

Durante o período da monarquia (753 a 509 antes de Cristo), vigia o sistema primitivo conhecido por *cognitio*,²³ caracterizado pela concentração do poder de julgar nas mãos do Rei. O monarca procedia aos julgamentos auxiliado pelos conselheiros, senadores ou ainda por comissários duúnviros ou questores. Com o passar do tempo, o Rei passou a delegar a função de proceder aos julgamentos e de sentenciar aos comissários duúnviros e aos questores.²⁴

Pouco se conhece a respeito desse período e, em relação ao privilégio contra a auto-acusação, podemos acreditar na sua inexistência, devido às características do processo romano, pois “...no começo da monarquia não havia nenhuma limitação ao poder de julgar. Bastava a *notitia criminis* para que o próprio magistrado se pusesse em campo a fim de proceder às necessárias averiguações. (...) Após as investigações o magistrado impunha a pena. Prescindia-se da acusação. Nenhuma garantia era dada ao acusado. Não havia limites ao arbítrio dos juízes.”²⁵ Portanto, vigia uma ordem jurídica contrastante com o privilégio contra a auto-incriminação, o que leva a desacreditar em seu acatamento.

²² Conforme ROMEIRO, Jorge Alberto. *Considerações sobre o conceito do interrogatório do acusado*. p. 23–24. Sobre a audiência processual penal em Atenas vide RAMOS, João Gualberto Garcez. *Audiência processual penal : doutrina e jurisprudência*. Belo Horizonte : Del Rey, 1996. p. 37–43.

²³ Conforme BARROS, Romeu Pires de Campos. *Direito processual penal brasileiro*. São Paulo : Sugestões Literárias, 1969. v.1. p. 51: “A *cognitio* - sendo esta a forma mais antiga, consistia na origem máxima do poder discricionário do magistrado. Mesmo depois de sucessivas evoluções não perdeu o magistrado a função de declarar os fatos como melhor lhe parecesse, apenas se reconheceu ao condenado, quando cidadão e masculino, a faculdade de requerer ao povo a anulação da sentença.”

²⁴ Vide ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. *O processo criminal brasileiro*, v.1, p. 27.

²⁵ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo : Saraiva, 1990. v.1. p. 72-73.

De acordo com Barreiros, durante o período da República (509 a 27 antes de Cristo) continuou vigendo a *cognitio*, mas evoluindo para um incipiente modelo acusatório. No ano de 509 surgiu a *Lex Valeria de provocatione*, possibilitando ao acusado apelar da sentença proferida pelo magistrado, fazendo-o diretamente ao povo que se reunia em comício com a finalidade de apreciar o recurso interposto. Era o chamado *sistema da provocatio ad populum*, que se constituía em uma espécie de recurso de revisão, para apreciar as matérias relativas aos crimes comuns e incabíveis em relação aos crimes políticos e militares. O magistrado que participara da primeira fase e que proferira a sentença atuava como parte acusadora e, assim, o julgamento ficava a cargo do povo reunido em assembléia, a quem competia, em última análise, dar a palavra final sobre o caso criminal.²⁶

Entretanto, a verdadeira separação das funções de acusador e julgador só veio a se solidificar no último século da República, quando funcionários públicos receberam a incumbência de procederem à acusação, sendo o julgamento realizado perante uma assembléia popular encarregada do julgamento que era público e oral. Inicia a fase da *acusatio*, caracterizando-se pela função exclusivamente judicante do magistrado e pelo fato da acusação ficar a cargo de um membro da comunidade. Esse sistema evoluiu para um órgão colegiado composto por representantes da comunidade, aos quais inicialmente restritos para julgar determinados crimes, como a concussão praticada por funcionário público, tiveram sua competência ampliada e suplantaram o sistema de assembléias populares, passando a ser denominado *quaestiones perpetuae* e alcançando contornos de permanência.²⁷

O colegiado encarregado de proferir a sentença era composto de cem membros indicados pelo acusador e cinquenta pelo acusado. O pretor era encarregado de presidir

²⁶ Conforme BARREIROS, José Antonio. *Processo penal*. Coimbra : Almedina, 1981. p. 17-18. Em sentido contrário está o posicionamento de BARROS, Romeu Pires de Campos. *Direito processual penal brasileiro*, p. 51: “A *provocatio ad populum* mais se assemelha a um recurso de graça do que propriamente apelação, visto que o magistrado que condenava era o mesmo que promovia a *inquisitio*, ou seja, a citação e demais formas de instrução do recurso.”

²⁷ Conforme BARREIROS, José Antonio. *Processo penal*, p. 17.

o órgão colegiado e podia manifestar-se nos debates, que eram sempre orais e públicos, mas não tinha direito a voto. O acusador era encarregado de produzir suas provas, o mesmo ocorrendo com o acusado.

Dessa forma, segundo Barreiros, havia sido instaurado um verdadeiro sistema acusatório, cujas características eram a oralidade, publicidade, igualdade entre as partes, separação das funções de acusador e julgador, que deveria manter-se equidistante, preservando, assim, a imparcialidade.²⁸ Ocorre que tal afirmação é extremamente discutível, principalmente sob o ponto de vista da igualdade, pois se de um lado havia a clara separação das funções de acusar, defender e julgar, estabelecendo-se aí um equilíbrio, de outra banda é de difícil compreensão que tal equilíbrio se mantivesse, principalmente perante um colegiado onde apenas um terço dos seus integrantes eram escolhidos pelo acusado (os outros dois terços eram escolhidos pelo acusador).

Com relação ainda ao direito romano, o último período de sua história é a do Império, que vai de 27 antes de Cristo a 476 depois de Cristo, durante o qual ruiu todo o sistema construído até então. Sobretudo durante o Baixo Império Romano, a decadência grassou no processo criminal, principalmente devido a fatores como a ampliação dos poderes do magistrado, o qual podia praticar atos característicos tanto das fases de acusação como das de julgamento; implantação do procedimento de ofício; instauração de instrução secreta e escrita, em detrimento da publicidade e oralidade; e vedação ao contraditório, estabelecendo-se aí o início da influência do direito canônico no processo criminal.²⁹

A tortura, que nos períodos anteriores era aplicada apenas nos escravos, os quais eram considerados pelos romanos como *rés* ou coisa, durante o Baixo Império

²⁸ Conforme BARREIROS, José Antonio. *Processo penal*, p. 18.

²⁹ ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. *O processo criminal brasileiro*, v.1, p. 46, informa que: “No século V a influência da Igreja começou a manifestar-se sobre a jurisdição criminal. Os Imperadores Honório e Justino delegaram aos bispos o direito de inspecionar as prisões e os processos, de verificar as causas das detenções, de fazer advertências aos magistrados e de denunciar suas negligências, incúrias e prevaricações (L. 22, Cód. de *episcopali auidientia*). Principiava a preparar-se o domínio das formas canônicas no processo criminal.”

foi banalizada sendo aplicada indiscriminadamente aos réus.³⁰ Já as testemunhas, passaram a ser supliciadas para proferir a verdade durante o interrogatório apenas sob o jugo do Imperador Sétimo Severo.³¹

Portanto, o processo criminal durante o período do Baixo Império Romano, com a *cognitio extra ordinem*, reassumiu os contornos característicos do período da Monarquia, em detrimento do relativo avanço alcançado durante o período da República.³²

No que concerne ao privilégio contra a auto-incriminação, apesar de haver indícios de sua observação durante o período republicano,³³ percebe-se claramente que ele foi sacrificado durante o Baixo Império, haja vista o retorno do emprego da tortura, instituto que, por motivos óbvios, nega o direito do acusado se calar.

Com a invasão do império romano pelos bárbaros no século V, uma forma de tratamento mais rígida das questões criminais se estabelece. Daquele período importa

³⁰ De acordo com TORNAGHI, Hélio Bastos. *Instituições de processo penal*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo : Saraiva, 1978. v.4. p. 47: “No direito romano, a princípio, não se usou a tortura. Com o tempo, entretanto, foi sendo utilizada, inclusive para homens livres. Tão grande foi o valor dado a esse tipo de prova que Ulpiano proclamou: ‘os que confessam em juízo, devem ser tidos como julgados’: *in iure confessi, pro iudicatis habentur* (56, D., 42. 1) e Paulo: *confessus pro iudicato est, qui quodammodo sua sententia damnatur* (1, D., 42. 1). Muito mais tarde, Farinácio diria: ‘A confissão torna a coisa manifesta (*confessio facit rem manifestam*), induz a notoriedade (*inducit notorium*), tem força de coisa julgada (*habet vim rei iudicatae*).” A esse respeito vide também VERRI, Pietro. *Observações sobre a tortura*, p. 93-98.

³¹ Conforme BARREIROS, José Antonio. *Processo penal*, p. 19: “A tortura - cuja direção pertencia ao *quaesitor*, sendo executada pelo *tortor* - era utilizada unicamente contra os réus. Só com Sétimo Severo se admitiu a sua aplicação relativamente a testemunhas reticentes ou falsas.”

³² Conforme BARREIROS, José Antonio. *Processo penal*, p. 19. Sobre o processo penal romano vide ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. *O processo criminal brasileiro*, v.1, p. 27-51; TORNAGHI, Hélio Bastos. *Instituições de processo penal*, v. 4, p. 3-19; LOPES, José Reinaldo de Lima. Uma introdução à história social e política do processo. In: WOLKMER, Antonio Carlos (Coord.). *Fundamentos de história do direito*. Belo Horizonte : Del Rey, 1996. p. 247-279. p. 249-253. Sobre a audiência processual penal em Roma vide RAMOS, João Gualberto Garcez. *Audiência processual penal : doutrina e jurisprudência*, p. 43-51.

³³ Nesse sentido ver ROMEIRO, Jorge Alberto. *Considerações sobre o conceito do interrogatório do acusado*, p. 25-26: “Como nas ações privadas, as *quaestiones*, nos últimos séculos da república, não comportaram um ato de interrogatório do acusado. (...) O professor Ubaldo Pergola, da Universidade de Roma, explica ainda a ausência, na república, do instituto do interrogatório no processo penal romano, como decorrente do princípio *nemo tenetur se detegere* e da doutrina que reputa um ilogismo provocar declaração a réus, quando o imputado tem, via de regra, todo o interesse em esconder a verdade, impossível de obter-se dele.”

ressaltar a influência dos Visigodos, guerreiros rudes de índole cristã, cuja dominação durou cerca de três séculos e que estruturavam o processo em duas jurisdições: “...uma, composta da assembléia dos homens livres (*o mallum*), julgava os casos e crimes graves; outra delegada aos homens mais velhos e mais considerados (*seniores boni homines*), julgava os negócios menores (*minores, leviora*).”³⁴

As penas aplicadas, via de regra cruéis, variavam conforme a gravidade do crime praticado, incluindo-se neste rol a pena de morte, a amputação de membros, a escravidão ou pena pecuniária, dependendo o valor da indenização da extensão da lesão e da qualidade da vítima.³⁵

Estando sua justiça num grau evolutivo inferior, esse povo deixou-se influenciar facilmente pela legislação romana e pelo prestígio da Igreja Católica, sucumbindo ao poder, não sem objetivos, do clero. Conforme assinala Almeida Júnior:

Os Bispos, quer reunidos em sínodos, quer singularmente, tinham parte imensa no exercício da autoridade e da jurisdição (...). Em muitas leis do mesmo Código Visigótico se exprime a permissão de escolher para a decisão da causa o Bispo, o Senhor da Terra, ou o Juiz. Há outros casos em que se determina a competência do *sacerdotis*, como, por exemplo, nos crimes de adultério, incesto, estupro. Em outros casos determinam o recurso aos Bispos. Por fim, mesmo tôdas as causas crimes mais importantes, antes excetuadas da competência dos Bispos, passaram a ser por êles decididas ...³⁶

E essa influência se refletiu no processo criminal com a introdução dos tormentos³⁷ já anteriormente utilizados pelos romanos. O processo podia iniciar

³⁴ ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. *O processo criminal brasileiro*, v.1, p. 52.

³⁵ Em relação às penas e aos valores a serem pagos a título de indenização vide BARREIROS, José Antonio. *Processo penal*, p. 21, 25.

³⁶ ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. *O processo criminal brasileiro*, v.1, p. 55.

³⁷ Conforme ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. *O processo criminal brasileiro*, v.1, p. 136: “Os tormentos eram perguntas judiciais feitas ao réu de crimes graves, a fim de compeli-lo a dizer a verdade por meio de tratos do corpo. Ao próprio trato chama-se também tortura; e esta expressão é a mais vulgar. Este meio de prova já era usado pelos Romanos, que em diferentes títulos do Digesto e do Código o consagraram denominando-o – *quaestio*. Os tormentos já constituíam uma espécie de prova, desde os tempos dos Visigodos, que a herdaram dos Romanos e a consignaram no seu Código...”

através da inscrição, do clamor, da denúncia ou da *inquisitio*.³⁸

A presença do acusado era obrigatória para que o julgamento pudesse ser efetivado, sendo a autoria do fato provada através da oitiva de testemunhas (de fraco valor probatório), dos tormentos (de utilização restrita aos crimes capitais) e dos Juízos de Deus (de ampla utilização), que por seu turno poderiam se constituir em um juramento, duelo ou na aplicação de alguma ordália, esta última constituída geralmente da prova do ferro quente ou da água quente.³⁹ A sentença era sempre proferida publicamente cabendo recurso da decisão ao Príncipe, sendo admitida também a intercessão do Bispo.

Os bárbaros desconheciam o privilégio contra a auto-incriminação, uma vez que a confissão era muito valorizada, aplicando-se a tortura quando necessária à sua obtenção. A isto acresce o fato de que os Juízos de Deus, admitidos como meios de prova, privilegiavam o irracionalismo⁴⁰ e deixavam a comprovação da autoria do delito a eventos de ordem biológica, ou mesmo ao acaso da pura sorte, o que não

³⁸ Segundo BARREIROS, José Antonio. *Processo penal*, p. 26: “A *inquisitio*, secreta quanto a crimes capitais e exercida pelos oficiais do conde, era excepcional e só existia quanto a certa modalidade de factos criminosos, nomeadamente homicídio e falsificação de moeda. O clamor, público ou do ofendido, ocorria quando a acusação pudesse ser provada *incontineti*, com a apresentação do corpo de delito, seguindo-se neste caso um processo sumário denominado rancoroso (ou *rancuroso*). Mas era a acusação privada do ofendido através da *inscriptio*, o meio mais usual de prossecução processual, sendo obrigatória quanto a certos crimes que afectassem o interesse público e quanto àqueles em que fosse necessário o recurso aos tormentos como meio de prova.”

³⁹ Conforme GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*, p. 715-716. Segundo COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. In: _____ (Coord.). *Crítica à teoria geral do direito processual penal*. Rio de Janeiro : Renovar, 2001. p. 3-55. p. 19-20: “Com o domínio dos *bárbaros* e o fenómeno da *recepção do direito romano*, o sistema processual penal, apesar das nuances, manteve-se estruturado nos chamados *Juízos de Deus*, basicamente nas fórmulas do *juramento* (em geral para os que mais possuíam), do *duelo* (de regra para os mais hábeis nas ações agonísticas) e das *ordálias*, para o povo em geral.”

⁴⁰ Segundo RAMOS, João Gualberto Garcez. *Audiência processual penal : doutrina e jurisprudência*, p. 51, irracionalização deve ser aqui entendida conforme a “...própria visão romana, claramente pejorativa, dos invasores como bárbaros.”

evitava sua manipulação ao sabor dos interesses.⁴¹

Verifica-se, portanto, que o sistema processual penal daquele período, apesar de ancorado nos Juízos de Deus, acatou também, por influência da Igreja Católica, os resquícios do antigo império romano, traduzidos nos tormentos. E essa influência se consolidaria nos séculos seguintes, culminando com a implantação do sistema inquisitorial em 1215.

Credita-se tal fato ao acatamento desse sistema (inquisitorial) por parte dos membros da Igreja Católica, o que resultou na contaminação do Direito Canônico.

Caracterizado por ser originariamente um direito religioso, o Direito Canônico retira suas regras e preceitos da Bíblia, nos livros do Antigo e do Novo Testamento. Durante quase toda a Idade Média foi o único escrito, sendo que o direito laico (secular) manteve-se consuetudinário. Procurava inicialmente ocupar-se das matérias que entendia pertinentes à religião, reconhecendo que as demais estavam circunscritas aos Estados, pois se tratavam de assuntos mundanos. Assim, eram da competência dos Tribunais Eclesiásticos os litígios relacionados a casamento, divórcio e crimes perpetrados contra a religião católica, tais como a heresia e o sortilégio.⁴²

Ocorre que com a crescente influência do clero e a busca pelo poder tal espectro é alargado. Dessa forma, na França no século XII institucionalizou-se a luta contra o Catarismo, seita considerada perigosa não só para a religião, mas também para a política, disso decorrendo a união de forças entre o Papa Lúcio III e o Imperador Frederico Barbaruiva. Este, em 1184, incumbiu os bispos de averiguarem nas paróquias os suspeitos de praticar tal seita, os quais ficavam sob a jurisdição

⁴¹ Conforme CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale*. Torino : UTET, 1986. p. 40: “Molto praticata ai bassi livelli sociali, l'ordalia è una scommessa contro la costanza delle serie causali. In quanto tale, lascerebbe pochi spiragli al paziente se ogni tanto non fosse addomesticata: a Nagyvárad, al cui santuario spetta il monopolio dello iudicium ferri candentis, sappiamo dal Regestum Valadiense, anni 1208-35, come 78 volte lo sperimentato sia finito male ('combustus est'), uscendo benissimo in 130 casi ('iustificatus est'): bisogna supporre che l'esperimento fosse guidato, come nel rito biblico delle acque amare.”

⁴² Esclarecendo ainda que a fase ascendente do direito canônico foi dos séculos III a IX, seu apogeu nos séculos XII e XIII, decaindo sobretudo a partir do século XVI, vide GILISSEN, John. *Introdução histórica ao Direito*, p. 133-136.

religiosa, sendo os casos mais sérios enviados à jurisdição civil, que acatava e possibilitava a aplicação da pena de morte, até então desaprovada pela justiça eclesiástica por entender inexistir fundamento jurídico para sua utilização.⁴³

Entretanto, o Papa Inocêncio III, em 1199, publicou a Bula *Vergentis in senium*, a qual equipara as heresias aos crimes de lesa-majestade, propiciando assim a base jurídica para a aplicação da pena de morte. Estava, portanto, montado o cenário para a sangrenta e insaciável busca pelo poder e por sua manutenção denominada Inquisição.

Nesse contexto, é paradigmático o IV Concílio de Latrão, porque ali se estabelece um novo divisor de águas no sistema probatório, rompendo com os Juízos de Deus até então utilizados. Conforme assevera José Reinaldo de Lima Lopes:

A partir do século XI os ordálios, juízos de Deus e outras formas de prova (inclusive o duelo) estavam sendo seriamente questionados pelos canonistas. A Igreja desenvolveu um enorme esforço de racionalização das provas, de modo que já não dependessem da pura sorte ou de uma contínua invocação do sobrenatural nos afazeres humanos. *Gratia natura non tollit, sed perfecit*: a razão natural não podia ser obstaculizada por crenças infundadas ou por superstição, ensinavam os teólogos. No IV Concílio de Latrão, em 1215, finalmente, proibiu-se que os clérigos participassem ou mesmo concedessem o prestígio de sua presença como testemunhas de processos em que o julgamento dependesse de ordálios ou juízos de Deus. Com isto o golpe definitivo estava dado: a partir de então foi preciso racionalizar de vez o sistema probatório. Duas foram as possibilidades então existentes: a institucionalização da prova testemunhal na forma do júri, que seria determinante no regime inglês, ou a institucionalização da investigação conduzida por comissários do rei (inquisidores), privilegiando o testemunho individual.⁴⁴

Mas a definitiva consubstanciação da fundamentação legal do Tribunal Inquisitorial ocorreu com a edição, em 1231, da *Constitutio Excomuniamus* do Papa Gregório IX, posteriormente confirmada em 1252 com a Bula *Ad extirpanda*, do Papa Inocêncio IV, a qual possibilitava a tortura nos acusados como forma de alquebrar-lhes a confiança.⁴⁵

⁴³ Conforme BARREIROS, José Antonio. *Processo penal*, p. 30.

⁴⁴ LOPES, José Reinaldo de Lima. Uma introdução à história social e política do processo, p. 259.

⁴⁵ Conforme COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *O papel do novo juiz no processo penal*, p. 19-20; vide também BARREIROS, José Antonio. *Processo penal*, p. 29-30.

O processo inquisitorial, outrora adstrito aos assuntos religiosos (limitado ao direito canônico), transmuda-se no inquisitorial comum, ampliando sua jurisdição para todos os delitos⁴⁶ e difunde-se por toda a Europa.

Apesar de poderem ser estabelecidas algumas distinções com relação às características do sistema inquisitorial, principalmente dependendo do país sob enfoque,⁴⁷ traços comuns podem ser delineados: inquirição secreta e escrita, interrogatório mediante tormentos, perseguição da confissão, além do acusado ser tratado como “...verdadeiro objeto de investigações.”⁴⁸

Conforme COUTINHO, no processo criminal inquisitório puro, o juiz transfigura-se de árbitro em inquisidor, acumulando as funções de acusador e julgador, bem como concentrando em suas mãos desde a iniciativa processual até a gestão da prova e, finalmente, proferindo a decisão.⁴⁹

⁴⁶ Conforme ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. *O processo criminal brasileiro*, v.1, p. 81: “Bonifácio VIII no século XIII deu maior extensão ao processo eclesiástico; mas, em todo o caso, limitou-o aos crimes de heresia. Clemente V estendeu-o a crimes comuns, tais como a usura e a simonia, prescrevendo até, para tais crimes, o processo sumário, *simpliciter et de plano ac sine strepitu et figura iudicii*. João XXII estendeu este processo a outros fatos e a outros delitos; e desde então foi êle geralmente adotado pela jurisdição eclesiástica.”

⁴⁷ Na França o sistema inquisitório caracterizado pelo rigor dos princípios canônicos foi firmado através das *Ordonnance* de 1539 e posteriormente com as de Luís XIV, de 1670 (embora já pudesse ser percebido com as de Luís XII de 1498 e de Francisco I, de 1553), conforme Barreiros, José Antonio, *Processo penal*, p. 33, que inclusive informa seu procedimento: “Tomando, porque mais paradigmática, a *ordonnance* de 1670, veremos que segundo ela, o procedimento criminal se dividia em três partes: a inquirição geral, a inquirição especial e o juízo. O processo iniciava-se com base na denúncia, querela ou actividade officiosa do próprio juiz. A inquirição geral era secreta e destinava-se a reunir material indiciário que fundamentaria a inquirição especial, a qual ocorreria quando existisse prova incriminatória contra pessoa determinada, a qual era sujeita imediatamente a prisão. Feita a prova, em que o essencial se alicerçava no *interrogatório do acusado*, remetia-se o processo a juízo, onde se decidia da sua continuação, caso em que o imputado poderia oferecer as suas defesas. A instrução era judicial, o que era uma garantia não despreciable, embora não obviasse ao uso da tortura nas suas várias modalidades. A acção penal era exercida pelo procurador do Rei, pois que ao particular eram facultados apenas meios necessários para requerer uma indemnização pelos danos civis que houvesse sofrido.”

⁴⁸ RAMOS, João Gualberto Garcez. *Audiência processual penal : doutrina e jurisprudência*, p. 140.

⁴⁹ Conforme COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *O papel do novo juiz no processo penal*, p. 24-25.

Assim, a noção de partes,⁵⁰ o *actus trium personarum* cede seu lugar à superioridade e ao arbítrio do inquisidor. Por outro lado, com o processo oficioso, escrito e sigiloso, o imputado é reduzido à reles condição de objeto de prova, ficando à mercê do juiz.⁵¹

A prova testemunhal assume relevância, sendo mantida em segredo a identidade do autor das declarações, mesmo em relação ao réu, havendo ainda o incentivo às delações com a colocação de caixas próprias para denúncias anônimas, as denominadas “bocas da verdade”.⁵²

Dessa forma, o processo criminal na França e nos demais países europeus, através dos quais o Santo Ofício da Inquisição estendeu sua pérfida teia, caracterizava-se pelo sigilo desde o impulso inicial, prosseguia durante sua instauração e instrução, mantendo-se assim até a prolação da sentença, ou seja,

...opaco não só para o público mas para o próprio acusado. O processo se desenrolava sem ele, ou pelo menos sem que ele pudesse conhecer a acusação, as imputações, os depoimentos, as provas. Na ordem da justiça criminal, o saber era privilégio absoluto da acusação. 'O mais diligente e o mais secretamente que se puder fazer', dizia, a respeito da instrução, o edito de 1498. De acordo com a ordenação de 1670, que resumia, e em alguns pontos reforçava, a severidade da época precedente, era impossível ao acusado ter acesso às peças do processo, impossível conhecer a identidade dos denunciadores, impossível saber o

⁵⁰ Segundo CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale*, p. 47, há viabilidade para o processo inquisitorial mesmo com a existência de partes, sendo portanto, a inexistência destas, elemento característico secundário, e exemplifica com as *Ordonnance criminelle* de 1670, de Luís XIV, durante o *Ancien Regime*: “L'aspetto più visibile sta nel fatto che lavori senza una domanda, ma, in fondo, è dato secondario: alla logica inquisitoria non ripugnano le azioni obbligatoriamente esercitate da organi intesi alla repressione: anzi, il lavoro diviso giova all'automatismo persecutorio e quanto renda, lo vediamo in Francia, dove le ministère public appare fin dal tardo XIII secolo. È falso che metodo inquisitorio equivalga a processo senza attore: nell'ordonnance criminelle 1670, monumento dell'ingegno inquisitoriale, il monopolio dell'azione spetta agli hommes du roi ('les procès seront poursuivis à la diligence et sous le nom de nos procureurs').”

⁵¹ Conforme DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito processual penal*. Coimbra : Coimbra Editora, 1974. v.1. p. 61: “O arguido, por seu turno, é visto, não como sujeito co-actuante no processo, mas como mero 'objecto' de inquisição, como algo 'a que é feito' o processo mas que nele não participa activamente. É da própria concepção fundamental deste processo que, em nome da sabedoria do Estado, se minimizam ou ignorem os mais elementares direitos do suspeito à sua protecção perante abusos e parcialidades dos órgãos estaduais, os judiciais incluídos: nele se trata apenas de proteger os (aparentes) interesses do 'poder' face aos obstáculos que ao seu exercício podem ser postos pela vontade individual e de afirmar a total supremacia da força estadual perante os destinatários dos seus comandos.”

⁵² Conforme BARREIROS, José Antonio. *Processo penal*, p. 31-33.

sentido dos depoimentos antes de recusar as testemunhas, impossível fazer valer, até os últimos momentos do processo, os fatos justificativos, impossível ter um advogado, seja para verificar a regularidade do processo, seja para participar da defesa. Por seu lado, o magistrado tinha o direito de receber denúncias anônimas, de esconder ao acusado a natureza da causa, de interrogá-lo de maneira capciosa, de usar insinuações. Ele constituía, sozinho e com pleno poder, uma verdade com a qual investia o acusado.⁵³

Por conseguinte,

*...a característica fundamental do sistema inquisitório, em verdade, está na gestão da prova, confiada essencialmente ao magistrado que, em geral, no modelo em análise, recolhe-a secretamente (...) Como crime e pecado passam a ser sinônimos, o processo é imaginado e posto em prática como um mecanismo terapêutico capaz de, pela punição, absolver. Tudo continuava a ser, não obstante, uma fórmula de descoberta da verdade e ninguém melhor do que o acusado para dela dar conta.*⁵⁴

Assim, nesse trabalho solitário de descoberta do passado e de *uma verdade* para o fato criminoso, cabe ao juiz, dentre as várias hipóteses possíveis, eleger aquelas que mais se coadunem com o seu deslinde, buscando nas provas a comprovação, ou não, de tais hipóteses. Esta é a lógica do sistema.

Ocorre que tal (i)lógica, deformada na sua origem e subserviente à manutenção do *status quo*, descamba num juízo prévio, não raras vezes deturpado, a respeito do fato criminoso.⁵⁵ Decide-se antes qual verdade é mais consentânea (ou a

⁵³ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*: nascimento da prisão, p. 35-36.

⁵⁴ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *O papel do novo juiz no processo penal*, p. 24-25. Segundo DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito processual penal*, p. 246-247: “O que se encontra em um puro processo inquisitório, (...) o exemplo padrão de um processo *sem partes*, já que a investigação da verdade e, em suma, a consecução do fim do processo se depositam *exclusivamente* nas mãos do juiz: (...) A vantagem (aparente) de uma tal estrutura residiria em que o juiz poderia mais fácil e amplamente informar-se sobre a verdade dos factos - de *todos* os factos penalmente relevantes, mesmo que não contidos na 'acusação' -, dado o seu domínio único e onnipotente do processo em qualquer de suas fases. Sabe-se já, porém, o preço incomportável por que se pagaria uma tal vantagem: antes de tudo, a impossibilidade 'psicológica' de preservar a *imparcialidade* de julgamento de um juiz no qual convergissem as qualidades de instrutor, acusador e julgador, e depois, também, o frontal ataque que assim se desencadearia contra a preservação (humanamente impossível) da própria *independência* judicial face aos poderes do Estado.”

⁵⁵ Vide CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale*, p. 51: “La solitudine in cui gli inquisitori lavorano, mai esposti ai contraddittorio, fuori da griglie dialettiche, può darsi che giovi al lavoro poliziesco ma sviluppa quadri mentali paranoidi. Chiamiamoli ‘primato dell’ipotesi sui fatti’: chi indaga ne segue una, talvolta a occhi chiusi; niente la garantisce più fondata rispetto alle alternative possibili, né questo mestiere stimola cautela autocritica: siccome tutte le carte del gioco sono in mano sua ed è lui che l’ha intavolato, punta sulla ‘sua’ ipotesi. Sappiamo su quali mezzi persuasivi conti (alcuni irresistibili: ad esempio, la tortura del sonno, caldamente raccomandata dal pio penalista Ippolito Marsili): usandoli orienta l’esito dove vuole.”

que mais interessa) e parte-se na busca incessante dos meios e *provas* aptos a ratificá-la,⁵⁶ ou seja, é “...a tentativa imperiosa de encontrar verdades fora de si mesmo, nem que se tenha de inventá-las. A verdade não é aquilo que é, mas aquilo que se dá, acontece, se produz através da mediação de instrumentos.”⁵⁷

Com um império de tal ordem, apesar de estar estruturado o tarifamento das provas⁵⁸ como uma forma de controlar o inquisidor e inibir as arbitrariedades, a

⁵⁶ Sobre a lógica dos torturadores inquisitoriais vide EYMERICH, Nicolau. *Manual dos inquisidores*. Tradução de: Maria José Lopes da Silva. 2. ed. rev e ampl. por Francisco de La Peña. Rio de Janeiro-Brasília : Rosa dos Tempos, Edunb, 1993. p. 208-213. Vide ainda sobre a lógica e a forma de proceder aos interrogatórios, p. 117-127. Quanto à lógica do sistema inquisitorial vide BOFF, Leonardo. Inquisição: um espírito que continua a existir. In: EYMERICH, Nicolau. *Manual dos inquisidores*. 2. ed. Rio de Janeiro-Brasília : Rosa dos Tempos-Edunb, 1993. p. 9-28.

⁵⁷ VELO, Joe Tennyson. Ensaio sobre a história da criminologia comparada a da psiquiatria. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 29, p. 269-300, jan./mar. 2000. p. 289. Vide também COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *O papel do novo juiz no processo penal*, p. 25-27.

⁵⁸ GILISSEN, John. *Introdução histórica ao Direito*, p. 716-718: “...classificação sistemática das provas romanas (segundo o método escolástico) em graus (gradus): (...) a) *Notorium*: distinguem-se três tipos de notoriedade: 1.º *Notorium facti*: o que ressalta aos olhos de todos: *publice coram omnibus*. O juiz constata pessoalmente que um certo monumento se encontra em certo sítio (*notorium facti permanentis*). Um facto isolado pode também ser notório, pois *semel notorium, semper notorium*, exemplo: os delitos praticados no decurso da audiência, o flagrante delito (*notorium facti momentanei*); 2.º *Notorium iuris*: admitiam as seguintes categorias de notório: - a *autoridade do caso julgado*: o que já foi julgado não tem que ser provado; este princípio, parcialmente admitido pelos romanos, foi desenvolvido pelos canonistas, ficando a ser uma das bases do nosso sistema jurídico. (...); - a confissão em justiça (*confessio pro iudicatu*): a confissão é considerada como um *notorium*, interdizendo a prova em contrário e tornando o recurso impossível. A doutrina (sobretudo a Escola de Orleães, no séc. XIII) imaginou o princípio da indivisibilidade da confissão (...). Mas a confissão levou também ao desenvolvimento da tortura (...); 3.º *Notorium praesumptionis*: (...) a presunção *iures et de iure* constitui uma presunção irrefragável, não podendo ser destruída por prova em contrário; é considerada como um *notorium*. A presunção *iures tantum*, i. e., a que pode ser destruída pela prova contrária, constitui uma *probatio plena*. b) *Probatio plena*: permite fundamentar a decisão do juiz, libertando-o do ónus da prova; mas o recurso mantém-se possível. Os dois principais tipos de prova plena são: o duplo testemunho (...), o acto escrito público (...). Em caso de contradição, o testemunho prevalece sobre o documento escrito: ‘As testemunhas preferem os escritos’ (...); mais tarde, a regra é invertida (...). c) *Probatio semiplena*. São nomeadamente, *unus testis*, o testemunho isolado; *carta domesticae*, os documentos particulares; *fuga*, pois a fuga deixa presumir a culpabilidade; *fama*, a fama comum. Se o queixoso possui uma semiprova (...) no processo penal, o réu pode destruí-la por um juramento purgatório. (...) d) *indicium*: são admitidos muitos indícios, sobretudo de facto (ser inimigo da vítima, ter empunhado uma espada nua, etc., ameaças, rumores). (...) Em matéria penal os indícios permitiam sujeitar o acusado à tortura. A tortura (*quaestio*) não era considerada um meio de prova, mas como um processo utilizado para obter uma confissão em justiça, que constituía um *notorium iuris* e dispensava prova. (...) Aos olhos dos homens dos sécs. XV a XVIII, a tortura foi justificada pela necessidade de punir todos os crimes (...), estabelecer a verdade para que os delitos não fiquem por punir. A tortura apareceu no séc. XIII, no momento em que desapareceram os ordálios e em que se desenvolveu o processo inquisitório. Manteve-se até ao séc. XVIII.”

miscigenação entre crime e pecado colaborou para que a confissão fosse alçada à condição máxima de meio de prova, chegando a ser considerada a rainha das provas, *probatio probatissima*, sendo equiparada à coisa julgada, trazendo para a consciência do juiz a tranquilidade, a certeza necessária para a prolação da sentença, bem como para justificá-la perante a comunidade, assentando-se aí o fundamento pelo qual era obstinadamente perseguida pelo inquisidor, mesmo à custa das mais iníquas formas de tortura.⁵⁹

Depreende-se facilmente que a tortura institucionalizada como meio para se obter a confissão é ineficaz para a descortinamento do fato criminoso⁶⁰ e por conta disso inúmeros erros judiciários foram cometidos. O suplício não tem o condão de interligar o homem à verdade, mas sim há outros motivos para sua aplicação, além da suposta busca da verdade, afinal,

...qual é o sentimento que nasce no homem, ao sofrer uma dor? Este sofrimento é o *desejo de que a dor pare*. (...) Qual é o meio com que um homem torturado pode acelerar o término da dor? Declarar-se culpado do crime pelo qual é investigado. (...) Portanto, os tormentos não constituem um meio para descobrir a verdade, e sim um meio que leva o homem a se acusar de um crime, tenha-o ou não cometido.⁶¹

Por outro lado, inequívoca era a intenção política com a prática das torturas. O corpo supliciado do acusado, a ritualística da execução das sentenças, tudo era meticulosamente planejado pela Inquisição para atemorizar o povo e mantê-lo submisso.

Conforme observa Foucault, a correlação entre crime-pecado e castigo-atrocidade era, ao mesmo tempo,

...o efeito, nos ritos punitivos, de uma certa mecânica do poder: de um poder que não só não se furta a se exercer sobre os corpos, mas se exalta e se reforça por suas manifestações

⁵⁹ Conforme MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Campinas : Bookseller, 1997. v.1. p. 302. Sobre a tortura utilizada como meio de forçar o acusado a colaborar na reconstrução histórica do fato e assim chegar à verdade, vide CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale*, p. 48-50.

⁶⁰ Nesse sentido BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Tradução de: Torrieri Guimarães. São Paulo : Hemus, 1983. p. 31-37; VERRI, Pietro. *Observações sobre a tortura*, p. 77-89; BOFF, Leonardo. *Inquisição : Um espírito que continua a existir*, p. 18-19.

⁶¹ VERRI, Pietro. *Observações sobre a tortura*, p. 80.

físicas: de um poder que se afirma como poder armado, e cujas funções de ordem não são inteiramente desligadas das funções de guerra: de um poder que faz valer as regras e as obrigações como laços pessoais cuja ruptura constitui uma ofensa e exige vingança: de um poder para o qual a desobediência é um ato de hostilidade, um começo de sublevação, que não é em seu princípio muito diferente da guerra civil: de um poder que não precisa demonstrar por que aplica suas leis, mas quem são seus inimigos, e que forças descontroladas os ameaçam: de um poder que, na falta de uma vigilância ininterrupta, procura a renovação de seu efeito no brilho de suas manifestações singulares: de um poder que se retempera ostentando ritualmente sua realidade de super-poder.⁶²

Com a Inquisição o sistema processual penal dela decorrente, caracterizado pela imposição e manutenção da sistemática de dominação,⁶³ foi fortalecido e espalhou-se por diversos países, inclusive o nosso, onde sustenta ainda hoje o Inquérito Policial e o processo criminal, mantendo seus tendões atrelados não só à fase da persecução, mas também à fase de instrução, mormente na colheita de provas com a permissão legal de que o juiz lance-se à procura de meios de prova.⁶⁴

Quanto ao privilégio contra a auto-incriminação, obviamente inexistiu durante aquele período. A ênfase dada à confissão, a prática da tortura, enfim, a afirmação do sistema inquisitório, mostraram-se incompatíveis com o direito ao silêncio, possibilitando inclusive afirmar ter sido, nesse aspecto, o período mais negro, a página

⁶² FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*: nascimento da prisão, p. 52. No mesmo sentido BOFF, Leonardo. Inquisição: um espírito que continua a existir, p. 24: "A leitura doutrinária da revelação de verdades absolutas mascara o real conflito subjacente à Igreja: o poder de uns sobre outros. Alguns detêm o poder de decidir sobre a verdade, dar-lhe uma formulação única, de definir qual é o caminho necessário para a eternidade. Decretam que a sua verdade é absoluta. E a impõem aos outros. Por isso o discurso é impossível. Deve ser silenciado, perseguido, estrangulado. Daí se entende o rigor da Inquisição. O que está em jogo, realmente, é o poder do corpo clerical, que não tolera nenhum concorrente ou nenhum confronto. Ele quer se manter como o único. É ele que se entende como absoluto e terminal." Em EYMERICH, Nicolau, *Manual dos inquisidores*, p. 234-250, demonstrando que a ganância também pode ter sido o mote de perseguições, encontramos disposições sobre as multas e condenações pecuniárias, bem como acerca do confisco de bens, ficando evidenciado o lucro auferido, assim como a divisão dos despojos amealhados com as condenações.

⁶³ São características do sistema processual inquisitório segundo BARREIROS, José Antonio. *Processo penal*, p. 12: "Magistrados ou juizes permanentes: juiz investiga, dirige, acusa e julga, numa posição de superioridade face ao arguido: acusação *ex-officio*, admitindo-se denúncia secreta; processo escrito, secreto, não contraditório: prova legalmente tarifada: sentença não faz caso julgado: prisão preventiva." Vide também DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito processual penal*, p. 59-60.

⁶⁴ Conforme o Art. 156 do Código de Processo Penal: "A prova da alegação incumbirá a quem a fizer; mas o juiz poderá, no curso da instrução ou antes de proferir sentença, determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante." (grifei)

mais vergonhosa da história da humanidade, não obstante sua explícita influência até os dias atuais, conforme se observa a partir do senso comum da maioria das pessoas.

1.2.2 O Sistema Acusatório

Inserida no Continente Europeu, mas totalmente fora do contexto inquisitório estava a Inglaterra. Enquanto o restante da Europa estava mergulhado no mais pernicioso fanatismo religioso, incluindo-se aí as barbáries e os martírios aos acusados pela prática de atos criminosos ou contrários à fé cristã, o povo inglês já havia percebido há alguns séculos a abjeção de tais costumes, bem como das legislações que os amparavam.⁶⁵

O caminho trilhado para se chegar a esse patamar começou em 1066, quando os normandos, vindos da França, invadiram a Inglaterra. No comando das tropas estava o Duque Guilherme da Normandia (Guilherme I), o qual, juntamente com seus barões franceses, dominou com rigor o reino saxão. Essa conquista determina o desaparecimento da época tribal, tendo início o feudalismo inglês, baseado na centralização e no fato de que “...toda a terra era em princípio considerada régia, pelo domínio eminente (*eminent domain*) que a conquista havia dado a Guilherme I (o Conquistador).”⁶⁶

Entretanto, mesmo Guilherme I e seus sucessores, principalmente Henrique II, foram forçados a fazer concessões, outorgando cartas de franquias com o objetivo de evitar rebeliões, devido às disputas pelo poder entre reis e barões.⁶⁷

Sob o reinado de Henrique II (1154-1189) inicia-se a estruturação do *common law*, inaugurando um sistema próprio de administração da justiça. Dentro desse

⁶⁵ Conforme SILVEIRA, Paulo Fernando. *Devido processo legal : due process of law*. Belo Horizonte : Del Rey, 1996. p. 17.

⁶⁶ LOPES, José Reinaldo de Lima. Uma introdução à história social e política do processo, p. 254.

⁶⁷ Conforme DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. São Paulo : Martins Fontes, 1986. p. 285. Vide também GILISSEN, John. *Introdução histórica ao Direito*, p. 210.

contexto, inicialmente são utilizados os *writs* “...(em latim: *breve*; em francês: *bref*)”,⁶⁸ já conhecidos na Normandia.

Os *writs* consistiam em ordens expedidas pelo rei (ou pelo Lord Chanceler por sua delegação) às autoridades locais ou mesmo inferiores, determinando a instauração de um julgamento ou a apuração de queixas acerca da violação de algum direito, ou mesmo para determinar a restituição do lesado à posse de seus bens, possibilitando que juízes itinerantes procedessem a julgamentos em nome do soberano.

Entretanto, o sistema de breves passou por aprimoramentos que determinaram sua utilização restritiva. Assim, inicialmente

...o sistema era suficientemente aberto para garantir a qualquer um pedir ao rei as providências que julgasse necessárias para ver seu direito prevalecer. O núcleo do sistema inglês eram os direitos sobre a terra, em que se reconhecia e se aceitava que o rei podia intervir (...) Com o tempo, inclusive por iniciativa dos barões, que temiam o crescente poder real, o direito de expedir breves ficou limitado aos casos semelhantes (*in consimili casu*). Com isto, teve início o processo por *forms of action*: para qualificar-se para certo processo, o queixoso (autor) devia demonstrar que seu caso se conformava ao precedente e, sobretudo, devia pedir um breve (*writ*) determinado (...). O pedido (*plead*) devia ser estritamente conforme o breve, ou seria considerado inválido.⁶⁹

Na estruturação do direito inglês assume, também, importante papel a instituição do júri. Embora suas origens remontem à épocas anteriores, sua força em termos judiciais surge a partir de Henrique II, com o claro objetivo de combater os Juízos de Deus, principalmente as ordálias.

Desta forma, “...em 1166 o rei institui o *Writ* chamado *novel disseisin*, pelo qual encarrega o *sheriff* de reunir doze homens da vizinhança para dizerem se o detentor de uma terra desapossou efectivamente o queixoso (...). Pela mesma data, a acusação pública em matéria criminal já não é entregue a um funcionário, uma espécie de Ministério Público, mas à comunidade local”⁷⁰ que, reunida sob a forma de júri,

⁶⁸ GILISSEN, John. *Introdução histórica ao Direito*, p. 210.

⁶⁹ LOPES, José Reinaldo de Lima. *Uma introdução à história social e política do processo*, p. 255.

⁷⁰ GILISSEN, John. *Introdução histórica ao Direito*, p. 214. No mesmo sentido vide CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale*, p. 40-41.

posteriormente denominado *Grand Jury*, dirige-se ao juiz itinerante, com a finalidade de denunciar a ocorrência de crimes graves.

O *Grand Jury* era formado por 23 jurados por condado e de 12 jurados por centena. Cabia-lhes julgar de acordo com os comentários e com o conhecimento que eles próprios tinham acerca do fato, sem a preocupação com o exame das provas. Caso a acusação fosse aceita, era o acusado submetido a outro júri, o *Petty Jury* (perante os quais anteriormente se realizavam os julgamentos ordálicos), do qual participavam normalmente 12 homens de reputação ilibada, escolhidos dentre os membros da comunidade. Também sem proceder ao exame das provas cabia-lhes, valendo-se do próprio conhecimento, determinar se o acusado era culpado ou inocente (*guilt or innocent*), caracterizando-se assim por ser um júri de prova, ou seja, como o júri dizia a verdade ele próprio era a prova (constituindo-se em verdadeira prova testemunhal coletiva). Mais tarde, nos séculos XV-XVI, o *petty jury* transmuda-se, competindo-lhe a oitiva de testemunhas, sendo o julgamento vinculado às provas existentes.⁷¹

Esta nova formulação surgida em 1166, além de buscar a solução mais coerente para os crimes, significou uma perfeita combinação entre a tão almejada autonomia local e a persecução penal objetivada pelo Estado (o rei), doravante entregue à população e não mais aos emissários reais.⁷²

Sucedendo a Henrique II assume Ricardo Coração de Leão, cujo reinado estendeu-se de 1189 a 1199 e teve o trono usurpado por seu irmão John (chamado João Sem-Terra). John, além de exigir o aumento de tributos, impôs uma série de restrições e arbitrariedades sobre toda a população sem distinções, o que, por óbvio, desagradou os barões, fazendo surgir uma série de revoltas.⁷³ Nesse conturbado contexto, João Sem-Terra “...não só perde feudos sob o domínio inglês na França como comete a ingenuidade de não reconhecer o bispo de *Canterbury*, **Estevam Langton**, motivo por

⁷¹ Conforme GILISSEN, John. *Introdução histórica ao Direito*, p. 214; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *O papel do novo juiz no processo penal*, p. 34. Vide também DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*, p. 286-288.

⁷² Conforme CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale*, p. 41.

⁷³ SILVEIRA, Paulo Fernando. *Devido processo legal : due process of law*, p. 17-18.

que acaba *excomungado*, tendo o papa colocado a Inglaterra sob *interdicto*. Nesse quadro, acaba derrotado, juntamente com seus aliados, e submetido à vontade papal, de quem passa a ser *vassalo*.⁷⁴

Na batalha de Runnymede, ocorrida no dia 15 de junho de 1215, João Sem-Terra, forçado pelos barões ingleses, assinou o documento que ficou conhecido como *Magna Charta Libertatum*. Este documento, representando uma derrota de João Sem-Terra frente aos barões, veio a se constituir, num primeiro momento, em um instrumento assegurador de garantias para um universo restrito de pessoas, mas importante para aquela época, eis que continha regras absolutamente paradigmáticas sob o prisma das liberdades individuais.⁷⁵

No entanto, para a ampliação do rol das pessoas protegidas sob o manto da *Magna Charta Libertatum* e até mesmo para a manutenção desta, foi imperioso promover uma série de reformas ao longo do tempo, motivadas pela sucessão ao trono que alterava os soberanos no poder, tornando-se imprescindível ratificar e adaptar o documento. Para proceder às reformas que se faziam necessárias e manter as garantias ali consignadas, a citada Carta “...foi confirmada seis vezes por Henrique III, três vezes por Eduardo I, catorze vezes por Eduardo III, seis vezes por Ricardo II, seis vezes por Henrique IV, uma vez por Henrique V e uma vez por Henrique VI...”⁷⁶

As disposições da Carta Magna, notadamente as referentes ao devido processo legal,⁷⁷ tiveram o condão de inaugurar um processo de conscientização a respeito dos direitos humanos, na medida em que representaram uma forma de contenção ao poder

⁷⁴ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *O papel do novo juiz no processo penal*, p. 35-36.

⁷⁵ Conforme SILVEIRA, Paulo Fernando. *Devido processo legal : due process of law*, p. 18.

⁷⁶ MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais : teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*, p. 25.

⁷⁷ SILVEIRA, Paulo Fernando. *Devido processo legal : due process of law*, p. 18: “Nenhum homem livre será detido ou sujeito à prisão, ou privado dos seus direitos ou seus bens, ou declarado fora da lei, ou exilado, ou reduzido seu *status* de qualquer outra forma, nem procederemos nem mandaremos proceder contra ele senão mediante um julgamento legal pelos seus pares ou pelo costume da terra.” (“No free man shall be seized or imprisoned, or stripped of his rights or possessions, or outlawed or exiled, or deprived of his standing in any other way, nor will we proceed with force against him, or send others to do so, except by the lawful judgement of his equals or by the law of the land.”) (...) “A ninguém venderemos, negaremos ou retardaremos direito ou justiça.” (“To no one will we sell, to no one deny or delay right or justice.”).”

absoluto do soberano. Dessa forma, passando a assegurar as liberdades, bem como um processo criminal mais justo voltado para a busca da verdade, sem entretanto descuidar dos direitos do acusado, prestigiou notadamente o privilégio contra a auto-incriminação, que por absoluta incompatibilidade levou à abolição das diversas formas de tortura dos atos característicos do interrogatório.⁷⁸

Assim, “...visando à instauração de um sistema processual acusatório, a liberdade de declaração vai sendo gradualmente reconhecida até constituir-se, em meados do século XVII, em princípio do direito comum.”⁷⁹

No *common law* verifica-se um processo penal dependente das partes, essencialmente contraditório, competindo a produção das provas à parte interessada na sua demonstração para o júri. As partes promovem debates em logradouros públicos (verdadeiros duelos, mas de palavras, de argumentos),⁸⁰ sustentam suas posições perante o júri, competindo a este indicar a parte vencedora do pleito. “Por fim, a característica central do interrogatório acusatório é que seu presidente está afastado, pelas características do sistema, da *atividade instrutória*. Conforme é sabido, no sistema acusatório o juiz é instruído, enquanto no sistema inquisitório ele se instrui, em caráter principal.”⁸¹

O sistema acusatório é alavancado pelo *Bill of Rights* de 1689 e pelo *Act of Settlement* de 1701, mantendo-se, na essência, ainda hoje, praticamente inalterado, caracterizando-se por ser oral, público e contraditório, ficando a gestão da prova a cargo das partes, mantendo-se o juiz como um árbitro, equidistante. O julgamento é feito perante jurados ou assembleia popular, e a sentença faz coisa julgada. A liberdade do imputado é a regra e a acusação, nos delitos públicos, inicia-se através de

⁷⁸ Conforme SILVEIRA, Paulo Fernando. *Devido processo legal* : due process of law. p. 18-20.

⁷⁹ DIAS NETO, Theodomiro. *O direito ao silêncio : tratamento nos direitos alemão e norte-americano*, p. 186.

⁸⁰ Conforme LOPES, José Reinaldo de Lima. Uma introdução à história social e política do processo. p. 261.

⁸¹ RAMOS, João Gualberto Garcez. *Audiência processual penal* : doutrina e jurisprudência, p. 263.

ação popular, enquanto nos delitos privados fica dependente da iniciativa do ofendido ou daquele que se sente prejudicado.⁸²

Enquanto a Inglaterra (e, posteriormente os Estados Unidos), caminhava a passos largos em direção ao respeito aos direitos humanos, o restante da Europa continuava imerso no período mais funesto da história da humanidade, devido aos martírios e superstições que cercavam o processo criminal e todas as manifestações políticas do ser humano na busca da manutenção do poder.

“Na Europa continental foi necessário esperar pelo Iluminismo para que as concepções fundamentais deste tipo de processo [acusatório] voltassem a ser reivindicadas...”,⁸³ tais como: “...separação constitucional dos poderes, independência dos juízes, participação de leigos no exercício da função jurisdicional, publicidade, contraditoriedade e oralidade do julgamento.”⁸⁴

Assim é que, inconformados com tal ordem imperante, alguns vultos notáveis rebelaram-se, e passaram a dedicar sua produção artística, literária, política e jurídica como forma de manifestar seu pensamento e tentar modificar as consciências, promovendo a alteração da situação vigente. Nesse contexto, surge o movimento que ficou conhecido como Iluminismo, composto de pensadores com idéias inovadoras para a época, preocupados em enaltecer o indivíduo, cômicos e adeptos dos conceitos “...de soberania do povo (...), de preponderância da lei, da legalidade das infracções e das penas, de direitos do homem, direitos naturais e subjectivos inalienáveis”⁸⁵ que avultaram no século XVIII.

Um dos representantes desse período foi Cesare Beccaria, o qual se manifestou contra a auto-incriminação em 1764, declarando seu repúdio ao uso da tortura e do juramento nos interrogatórios dos acusados.

O autor argumenta no sentido de que o juramento é pernicioso para o acusado, uma vez que o coloca, quando culpado, na situação de ser forçado a optar entre violar

⁸² Conforme BARREIROS, Jose Antonio. *Processo penal*, p. 12.

⁸³ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito processual penal*, p. 66.

⁸⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito processual penal*, p. 67.

⁸⁵ GILISSEN, John. *Introdução histórica ao Direito*, p. 367.

sua consciência, sua religião e temor a Deus, mentindo acerca de sua inocência ou assumir a prática do fato criminoso e assim, submeter-se à pena imposta pela legislação, indo de encontro às leis da natureza e servindo como meio de prova contra si mesmo.⁸⁶

A tortura ensejadora da auto-incriminação é vista por Beccaria com repugnância:

Diri mais que é monstruoso e absurdo exigir que um homem acuse-se a si mesmo, e procurar que a verdade nasça através dos tormentos, como se essa verdade estivesse nos músculos e nas fibras do infeliz! A lei que autoriza a tortura é a que afirma: "Homens, resisti à dor. A natureza dotou-vos com um amor imbatível ao vosso ser, e o direito indeclinável de vos defenderdes: porém eu desejo criar em vós um ódio a vós mesmos: ordeno-vos que sejais vossos próprios acusadores e finalmente digais a verdade em meio a torturas que vos partirão os ossos e dilacerarão os vossos músculos..."⁸⁷

E mais, quando aborda o tema *Dos Interrogatórios Sugestivos*, o autor tece refinada crítica à importância dada, pelo sistema legal até então vigente, ao interrogatório do acusado e ao seu silêncio:

Nossa legislação proíbe que se façam interrogatórios sugestivos, isto é, os feitos a respeito do delito em si; pois, de acordo com nossos juristas, apenas se deve interrogar a propósito da maneira como o crime se cometeu a respeito das circunstâncias que o seguem (...). Se esse método foi estabelecido para evitar que o acusado receba a sugestão de uma resposta salvadora, ou por ter sido considerada coisa monstruosa ou contrária à natureza um homem acusar-se a si próprio, qualquer que tenha sido a finalidade desejada com a proibição dos interrogatórios sugestivos, fêz-se com que as leis caíssem numa contradição bem notória, visto que ao mesmo tempo se autorizou a tortura (...). E, se um interrogatório feito de uma maneira especial vai de encontro à natureza, pois constrange o acusado a acusar-se a si mesmo, não será ele obrigado a isso de modo mais violento pelos tormentos e as convulsões

⁸⁶ Conforme BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*, p. 30-31: "Existe outra contradição entre as leis e os sentimentos naturais: é exigir que um acusado jure dizer a verdade, quando o seu maior interesse é escondê-la. Como se o homem pudesse jurar de boa fé que concorrerá para a sua própria destruição! Como se, na maioria dos casos, a voz do interesse não sufocasse no coração humano a da religião! (...) É não deixar ao réu senão a alternativa entre ser mau cristão, ou mártir da sua jura. Destrói-se, assim, toda a força dos sentimentos religiosos, único sustentáculo da honestidade no coração da maioria dos homens; e pouco a pouco os juramentos não ficam sendo mais do que uma simples formalidade sem conseqüências. Recorra-se à experiência e comprove-se-á que os juramentos são inúteis, pois não existe juiz que não convenha que nunca o juramento faz com que o acusado diga a verdade. A razão indica que assim, deve ser, pois todas as leis opostas aos sentimentos naturais do homem são inúteis e por conseguinte nefastas."

⁸⁷ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*, p. 32.

da dor? Os homens, contudo, ocupam-se muito mais, em sua norma de procedimento, com a diversidade das palavras do que com a das coisas. Observemos, por fim, que aquele que teima em não responder ao interrogatório a que é submetido deve sofrer uma pena a ser estabelecida pelas leis. É necessário que essa pena seja muito pesada: pois o silêncio de um criminoso, diante do juiz que o interroga, constitui um escândalo para a sociedade e uma ofensa para a justiça, a qual se deve prevenir o mais possível. Contudo, essa pena privativa não é mais necessária quando o crime foi verificado e o criminoso convicto, porque em tal caso o interrogatório é inútil. De modo semelhante, as confissões do acusado não são necessárias quando provas bastantes comprovaram que ele é com certeza culpado do crime de que se trata. Este último caso é o mais comum; e a experiência indica que, na maioria dos processos criminais, os culpados negam tudo.⁸⁸

Assim, verifica-se que Beccaria não só era contrário às idéias tendentes à auto-incriminação, como também via no interrogatório um ato despido de qualquer eficácia, porquanto o seu objetivo (obtenção da confissão), em última análise, ia de encontro à natureza humana.

Ocorre que, a interpretação equivocada dessas idéias expostas por Beccaria, influenciou as legislações nascentes, como a outorgada por Catarina II da Rússia em 1767⁸⁹ e o Código Austríaco de 1803,⁹⁰ que traduziram erroneamente seus ensinamentos, no sentido de impor penas severas para o acusado obstinado em manter-se calado durante o interrogatório feito pelo juiz.

Dessa forma, foi abolido aquele tipo de tortura institucionalizada no processo inquisitorial, o que caracterizou indubitável benefício, mas por outro lado, segundo Grevi, foi legalmente constituída outra forma de punição para o réu silente, outro tipo de martírio, com nome diferente e sob outra modalidade, mas com o mesmo fundamento daquela, ou seja, para obrigar o acusado silencioso a confessar e a dizer a

⁸⁸ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*, p. 29-30.

⁸⁹ Conforme GREVI, Vittorio. “*Nemo tenetur se detegere*”: interrogatorio dell’imputato e diritto al silenzio nel processo penale italiano. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1972. p. 14: “Ma ancor più singolare, e più interessante, ai fini della presente ricerca, è la circostanza che l’idea della punizione dell’imputato reticente non sia rimasta senza seguito sul piano politico legislativo: com’è dimostrato, per cominciare, dalla ‘Instruzione’ redatta da Caterina II di Russia (1767) in vista della stesura di un nuovo ‘codice delle leggi’, nella quale fu pressoché integralmente trasfusa la suddetta proposta di Beccaria, essendosi stabilito che ‘celui qui par opiniâtreté ou par caprice ne veut pas répondre aux questions qu’on lui fait en justice, mérite d’être puni’, con l’ulteriore precisazione che la pena, determinata per legge, dovesse essere ‘des plus sévères, afin que les coupables servent inévitablement d’exemple au peuple, come cela le mérite’.”

⁹⁰ Conforme GREVI, Vittorio. *Nemo tenetur se detegere*: interrogatorio dell’imputato e diritto al silenzio nel processo penale italiano, p. 15-16.

verdade, agora fundamentado no desrespeito para com o juiz que o interroga. O severo castigo consistia em alimentar o acusado durante três dias apenas com pão e água e castigá-lo com bastonadas, durante o mesmo período, iniciando com dez golpes e podendo chegar a trinta, conforme persistisse a reticência.⁹¹

Entretanto, apesar desse inconveniente, é inegável o mérito da obra de Beccaria, reconhecido mundialmente pela influência não só na modernização do Direito Penal, mas também no reconhecimento dos Direitos Humanos⁹² uma vez que motivou uma série de discussões acerca da hediondez da tortura e do juramento no processo criminal, culminando na extirpação destes institutos das legislações contemporâneas e por conseqüência, com o acatamento do princípio contra a auto-incriminação e com o direito ao silêncio.

Assim como Beccaria, Pietro Verri também se sentiu impelido a manifestar seu inconformismo com os meios utilizados pelo processo inquisitorial para obter a confissão do acusado. Em sua obra, além de demonstrar todo o repúdio pela forma como era conduzido o processo criminal, utilizando para tal um julgamento ocorrido tempos atrás e no qual inocentes confessaram, sob tortura, a prática de um crime impossível, ainda resguarda o princípio contra a auto-acusação:

Se é injusto que um irmão acuse criminalmente o outro, com tanto mais razão será injusto e contrário à voz da natureza que um homem se torne acusador de si mesmo e que as duas pessoas, a do acusador e a do acusado, se confundam numa só. A natureza inscreveu no coração de cada um a lei primária da autodefesa, e a ofensa contra si mesmo e a acusação criminal da própria pessoa constituem ou um ato de heroísmo, quando realizado espontaneamente em alguns casos, ou uma tirania da maior injustiça se, à força de maus-tratos, se quiser obrigar um homem a tanto. A evidência destas razões ficará ainda mais

⁹¹ Conforme GREVI, Vittorio. “*Nemo tenetur se detegere*”: interrogatorio dell’imputato e diritto al silenzio nel processo penale italiano, p. 16-17: “È quasi superfluo rilevare come, in forza di simili disposizioni, venisse sostanzialmente legittimato l’impiego di una nuova specie di tortura, sia pure sotto diverso nome, e secondo differenti modalità. La *ratio* che conduceva ad assoggettare l’imputato reticente ai mezzi di rigore di cui si diceva era infatti per molti aspetti equiparabile alla *ratio* della tortura: giacché, a ben vedere, attraverso l’uso di quei mezzi si voleva non solo, e non tanto, punire l’imputato per la disobbedienza ovvero per la ‘mancanza di rispetto’ verso l’autorità che aveva proceduto all’interrogatorio, bensì soprattutto costringerlo a confessare, o comunque a dire il vero in risposta alle domande della medesima autorità.”

⁹² Conforme GILISSEN, John. *Introdução histórica ao Direito*, p. 368: “A maior parte das idéias de Beccaria encontram-se na Declaração dos Direitos do Homem de 1789 e nos Códigos penais de 1795 e 1810.”

patente se refletirmos que uma lei que ordenasse aos advogados penais a traição de seus clientes seria da maior iniquidade e opróbrio. Ao que eu saiba, jamais tirano algum decretou uma lei semelhante, a qual romperia de modo realmente infame todos os mais sagrados vínculos naturais. Posto isso, perguntaremos se o advogado tem uma ligação mais íntima com o cliente do que a que mantém o cliente consigo mesmo! Ora, a tortura, com as dores, tende a reduzir o homem à traição de si próprio, a renunciar à sua autodefesa, a ofender e perder a si mesmo. Isso por si só basta para mostrar, sem outras reflexões, que a tortura é intrinsecamente um meio injusto para buscar a verdade, e não seria lícito utilizá-la, mesmo que com ela se encontrasse a verdade.⁹³

Verri também se ocupou com o tema do acusado que insiste em permanecer calado, mas compreendeu que a instituição de algum tipo de pena representaria uma contradição, e tentou vislumbrar um sistema mais justo, indo buscar inspiração na legislação inglesa. Assim, segundo ele, para a prolação da sentença o ideal seria prescindir da manifestação do acusado, estabelecendo um eficiente sistema probatório que lhe desse suporte.⁹⁴

O pensamento dos autores citados desencadeou uma sucessão de debates sobre o tema, culminando na lenta e gradual modificação da legislação de vários países, que passaram a acatar juntamente com os demais direitos inerentes à pessoa humana, o direito de não ser transformado em meio de prova contra si mesmo e conseqüentemente, de silenciar.

⁹³ VERRI, Pietro. *Observações sobre a tortura*, p. 87-88.

⁹⁴ Conforme VERRI, Pietro. *Observações sobre a tortura*, p. 110-115: “Mas como forçaremos um homem a responder, o qual, interrogado pelo juiz, se obstina no silêncio, se não tivermos o meio de obrigá-lo pelos tormentos? (...) Se não fossem Claro, Bossi, Farinacci e os outros acima citados não se prenderia nenhum cidadão a menos que existissem graves suspeitas sobre sua culpa. Estas podem provir de testemunhas que o acusam de um crime, da vida ociosa e suspeita que leva, das despesas que faz sem que se saiba como, da inimizade violenta e das ameaças contra um homem que foi ofendido, e assim por diante. A seguir, o prisioneiro seria conduzido perante vários indivíduos, e não apenas um, encarregados de julgá-lo, ser-lhe-iam claramente apresentadas as suspeitas e os motivos, seria solicitado, em se tratando de um roubo ou de um homicídio, a justificar onde esteve durante as horas em que foi cometido o crime, em se tratando de um roubo, como ele obteve o dinheiro que tinha consigo, e assim em cada caso, e em poucas horas se saberia se o prisioneiro é realmente culpado ou inocente. Tal é o método que seria usado se na justiça penal se observassem apenas as leis, e não uma prática ilegítimamente fundada sobre as opiniões particulares de alguns escritores bárbaros e obscuros. Tal é o método dos processos na Grã-Bretanha. (...) Tal é, também, o método que se usa entre os militares, mesmo em Milão, nos regimentos italianos, e a justiça segue rapidamente seu curso sem que ninguém se queixe de tirania e sem que se condenem os inocentes como culpados, caso que ocorre não tão raramente quanto talvez se acredite.”

1.2.3 O Chamado Sistema Misto

Com exceção da Inglaterra que mantinha o processo criminal acusatório, toda a Europa continental, no final do século XVIII, era caracterizada pela feição inquisitória de seus processos criminais, uma vez que este se coaduna com os regimes fortes ali imperantes.⁹⁵

Entretanto, com a Revolução Francesa, iniciada em 1789, ocorre uma ruptura do sistema até então dominante.⁹⁶ As idéias dos revolucionários franceses resultaram na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, a qual contemplava as maiores aspirações dos pensadores da época, que se constituíam na extirpação da tortura dos interrogatórios e na depreciação da confissão como um meio de prova, através dos artigos 7º, 8º e 9º, os quais contemplavam, respectivamente, as hipóteses de que a acusação e prisão só poderiam se fundar nos casos legalmente previstos, o princípio da anterioridade da lei penal, o princípio da presunção de inocência e vedação às violências arbitrárias.⁹⁷ Como estas aspirações estavam em consonância com o processo penal acusatório vigente na Inglaterra, este se mostrou conseqüente com o pensamento dos revolucionários, surgindo a intenção de adotá-lo, juntamente com as suas demais características.

Com o Estado Liberal, portanto, há a quebra do paradigma anterior e o indivíduo é reconhecido como portador de direitos naturais e inalienáveis, sendo dotado com direitos e garantias individuais pelo processo penal, possibilitando sua defesa contra os arbítrios perpetrados pelo Estado na condução das atividades investigadoras e julgadoras da esfera criminal.⁹⁸

Entretanto, as aspirações dos revolucionários franceses foram frustradas sob o império de Napoleão Bonaparte que preteriu algumas das características do sistema

⁹⁵ Conforme BARREIROS, José Antonio. *Processo penal*, p. 35.

⁹⁶ Conforme GILISSEN, John. *Introdução histórica ao Direito*, p. 14.

⁹⁷ Conforme DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito processual penal*, p. 67.

⁹⁸ Conforme DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito processual penal*, p. 64.

acusatório em proveito de outras de cunho inquisitório.⁹⁹ Surgiu assim, um sistema anômalo, formado através da reunião de ambos os sistemas, denominado processo reformado, misto ou napoleônico, o qual atendia aos interesses do Imperador, possibilitando a satisfação de sua ânsia por poder e dominação, peculiar a todos os tiranos.¹⁰⁰

O início da comistão do novo sistema tem início com a Lei de 11 de agosto de 1789, a qual suprimiu os foros privilegiados. Em seguida, a Lei de 08 de outubro de 1789 determinou a publicidade das audiências, confirmada através da Constituição de 03 de setembro de 1791 e corroborada pela Lei de 16-29 de setembro de 1791, que reformulou a estrutura judiciária. Também foram inseridas algumas particularidades do modelo inglês, tais como a determinação de que a investigação do crime ficasse a cargo de um juiz de paz do local do delito.¹⁰¹

Nessa esteira ainda, é ressuscitada a colheita da prova a cargo de um juiz togado (*directer du jury*) que deveria interrogar o acusado e ouvir o depoimento das testemunhas. Verificando haver fundamento para a acusação, redigia o auto de acusação e convocava o júri de acusação. A prova colhida era apresentada ao júri de acusação composto por 8 membros (impedidos de consultarem os autos escritos), tendo lugar os debates (orais e contraditórios), e os jurados decidiam pela procedência ou não. Com o acatamento, os autos seriam encaminhados a um órgão distinto, o júri de julgamento composto por 12 membros, competindo-lhes a manifestação acerca do mérito. Encerrados os debates e entendendo o júri que o réu é culpado, cabe ao comissário do rei, que partilha com o acusador público as funções de Ministério Público, reclamar a imposição de determinada pena, podendo a defesa manifestar-se (exceto em relação à materialidade).¹⁰²

⁹⁹ Conforme BARREIROS, José Antonio. *Processo penal*, p. 36.

¹⁰⁰ Vide COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *O papel do novo juiz no processo penal*, p. 37.

¹⁰¹ Conforme CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale*, p. 61.

¹⁰² Conforme BARREIROS, José Antonio. *Processo penal*, p. 36-37. Vide também COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *O papel do novo juiz no processo penal*, p. 38.

O retorno ao sistema inquisitório foi consubstanciado pelas reformas que se seguiram. O *Code des délits et des peines* cedeu aos particulares a iniciativa da ação criminal, inobstante a permissão de ações *ex-officio* ao juiz de paz, além do compartilhamento de competência com o presidente do júri para instruir e preparar os processos criminais.¹⁰³

Através da Lei 7/*Pluviôse*/ano IX, ampliou-se os poderes do Ministério Público, permitindo a detenção do suspeito e a instrução preparatória foi delegada ao juiz de instrução, restando ao júri de acusação apenas a possibilidade de manifestação acerca do processo escrito, devido à derrocada do debate oral e contraditório. Estas medidas foram complementadas pela Lei 18/*Pluviôse*/ ano IX que possibilitou a criação de tribunais especiais, nos quais não havia a participação do júri, sob o argumento de ser imperioso o combate à criminalidade, o que ineludivelmente caracterizou um retorno ao Antigo Regime.¹⁰⁴

Com a entrada em vigor, em 01 de janeiro de 1811, do *Code d'Instruction Criminelle*, foi definitivamente implantado o sistema misto,¹⁰⁵ comprometido tanto com o sistema inquisitório como com o acusatório. Dessa forma, a fase preparatória ficou caracterizada por seu caráter inquisitório, desenvolvendo-se secretamente, sem assistência de advogado e escrita, cabendo sua direção ao juiz de instrução. Conforme a ótica do modelo inquisitorial, aprimorado pelos regimes absolutistas, a inexistência de defesa, aliada ao sigilo e à forma escrita, mais se coaduna com a pretensa descoberta da verdade, possibilitando dessa forma a repressão ao crime.¹⁰⁶ Já o caráter acusatório consubstanciado na oralidade, publicidade, e contraditoriedade foi deixado apenas para a audiência do julgamento, na qual cabia ao júri deliberar acerca da matéria de fato. A acusação ficou a cargo do ministério público ou do ofendido, já que

¹⁰³ Conforme BARREIROS, José Antonio. *Processo penal*, p. 37.

¹⁰⁴ Conforme BARREIROS, José Antônio. *Processo penal*, p. 37.

¹⁰⁵ Conforme CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale*, p. 73.

¹⁰⁶ Conforme GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *O direito à prova no processo penal*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1997. p. 142.

houve a extirpação do júri de acusação.¹⁰⁷

Não satisfeito com as mudanças, Napoleão pretendeu ainda suprimir o júri de julgamento, sendo impedido pelo Conselho de Estado que permanecia imbuído pela filosofia dos revolucionários.¹⁰⁸

Destarte, caracterizado (ou descaracterizado) pelos fundamentos de dois sistemas processuais filosoficamente antagônicos, foi formado o chamado sistema misto, assim personificado apenas na sua designação. Afinal, a essência de um sistema está em seu princípio unificador e este não pode ser misto, por definição. Logo, o sistema, na essência, seguia inquisitório, porém, nele foram agregados elementos do sistema acusatório.¹⁰⁹

Devido à influência atribuída a Napoleão, tanto na esfera militar quanto na política e cultural, esse malfadado sistema foi implantado em diversas legislações da Europa continental do século XIX,¹¹⁰ atravessando o oceano e chegando até nosso país.

Na Europa, as legislações foram sendo progressivamente saneadas, mormente com a derrocada dos regimes autoritários após a Segunda Guerra Mundial, ensaiando-se um retorno ao modelo acusatório.

Já no Brasil, devido a um acordo político firmado entre conservadores e liberais, foi introduzido o inquérito policial, através da Lei n. 2033, de 22 de novembro de 1871, com feições inquisitoriais e responsável pela persecução penal. Tem cunho administrativo, o que conseqüentemente inviabiliza o contraditório.¹¹¹ A fase judicial, por seu turno, é prevalentemente inquisitória, devido aos poderes atribuídos ao juiz em relação à gestão da prova (possibilidade de oficiosamente lançar-se à procura de meios

¹⁰⁷ Conforme BARREIROS, José Antonio. *Processo penal*, p. 37.

¹⁰⁸ Conforme BARREIROS, José Antonio. *Processo penal*, p. 38.

¹⁰⁹ Conforme COUTINHO, Jacinto Nelson. *O papel do novo juiz no processo penal*, p. 39-42.

¹¹⁰ Conforme BARREIROS, José Antonio. *Processo penal*, p. 38.

¹¹¹ Vide COUTINHO, Jacinto Nelson. *O papel do novo juiz no processo penal*, p. 40-41. Vide também LOPES, José Reinaldo de Lima. Uma introdução à história social e política do processo, p. 273-274.

de prova e a inquirição de testemunhas feita pelo juiz-presidente ainda quando a pergunta é feita pela parte).¹¹²

As provas coligidas durante o inquérito policial são utilizadas na fase judicial (geralmente em proveito da acusação), sob o crivo do contraditório, como um controle *a posteriori* com o objetivo de legitimar "...aquilo que foi apurado sem a presença do acusado. E, o que é pior: se o contraditório atua efetivamente, destruindo aquilo que fora obtido na fase inquisitória, as garantias da defesa acabam por ser tidas como prejudiciais à descoberta da verdade",¹¹³ sendo portanto, nefasto tanto em relação à proteção aos direitos individuais, como em relação à repressão ao crime.

Quanto ao direito ao silêncio neste sistema híbrido, o que vemos é a pretensa busca de sua prevalência, debatendo-se entre filosofias antagônicas, que ora o afirmam, ora o execram.¹¹⁴

Assim, difícil afirmar acerca da efetiva existência de um sistema misto. Isto porque, apesar de opiniões divergentes, é inegável a dificuldade de constatação de uma lógica racional que leve, ao fim e ao cabo, a afirmação de um respeito aos direitos fundamentais, pois não existe meia liberdade ou meio direito. Nessa seara, forçoso concluir que ou existe uma garantia individual, ou ela inexiste.¹¹⁵

¹¹² Conforme GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*, p. 143.

¹¹³ GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*, p. 143.

¹¹⁴ Sobre a dicotomia em relação ao tratamento dispensado ao acusado de acordo com o sistema processual vigente, vide ALMEIDA JUNIOR, João Mendes. *O processo criminal brasileiro*, v.1, p. 228: "...O sistema acusatório, subordinando-se ao método sintético, afirma o fato e, enquanto não o prova, o acusado é presumido inocente: o sistema inquisitório, subordinando-se ao método analítico, não afirma o fato, supõe a sua possibilidade e probabilidade, presume um culpado, busca e colige os indícios e as provas. ... Enfim, um se preocupa principalmente do interêsse individual lesado pelo processo, outro se preocupa do interêsse público lesado pelo direito."

¹¹⁵ Conforme COUTINHO, Jacinto Nelson. *O papel do novo juiz no processo penal*, p. 39: "Ainda que se possa verificar novas fórmulas, não há um sistema processual novo, a não ser no aspecto formal. Para ser mais preciso, (...) da maneira como se pretende, os sistemas inquisitório e acusatório não podem conviver 'não só porque a 'contaminatio' é irracional no plano lógico, como também porque a prática desaconselha uma comistão do gênero'."

CAPÍTULO 2 NOTÍCIA NO DIREITO COMPARADO

2.1 DIREITO NORTE-AMERICANO

Os protestantes ingleses, ao desembarcarem nas costas da Virgínia em 1607, oriundos da Inglaterra de onde haviam fugido, trouxeram consigo os ensinamentos da Magna Carta e do Common Law. Posteriormente, ao estabelecerem as 13 colônias com suas constituições próprias e escritas, foi determinado às Cortes de Justiça a obrigatoriedade de respeitar o devido processo legal, bem como as regras do Common Law, uma vez que este era o sistema jurídico vigente na Inglaterra e conhecido por eles.

As 13 colônias passaram a ser Estados livres após a Guerra da Independência (1776) contra os ingleses e assim permanecem até os dias atuais, tendo cada uma suas normas próprias de direito, não obstante o fato de conviverem e seguirem os preceitos da Lei Maior do país.

Com o advento da Constituição Americana, em 1787, foi instituído definitivamente o federalismo. Em 1791 foram incorporadas 10 emendas à Constituição (*Bill of Rights*), seguindo-se posteriormente as demais, até que no ano de 1868 foi aprovada pelo Congresso americano a Emenda XIV, de especial relevância para o processo penal.

Assim, ao lado da Constituição do país existem as Constituições e leis estaduais, devido à descentralização peculiar do princípio federalista, com a competência dos Estados Federados para legislar sobre normas de direito material e processual.

O direito norte-americano possui uma característica que o distingue do direito inglês e que consiste no fato de ser "...um sistema híbrido, eis que, só em parte adotou as regras da common law, que se aplicam ao lado da lei positiva (statutes). Às cortes judiciais, principalmente às federais, foi atribuída a função de garantidora dos direitos

e liberdades civis, através da interpretação da Constituição Federal, no exame do caso concreto.”¹¹⁶

Dentro desse contexto, o privilégio contra a auto-incriminação está expressamente disciplinado na 5ª Emenda à Constituição Federal, inserida pela Declaração de Direitos (*Bill of Rights*):

Nenhuma pessoa será detida para responder por crime capital ou hediondo, a menos que apresentada ou indiciada por um grande Júri, exceto em casos levantados perante as forças terrestres e navais, ou milícia, quando em efetivo serviço em tempo de guerra ou perigo público; nem será pessoa alguma sujeita à mesma ofensa, colocando duplamente em risco sua vida ou parte do corpo; *nem ser compelida em qualquer caso criminal a ser testemunha contra si mesma*, nem ser privada da vida, liberdade ou propriedade, sem o devido processo; nem a propriedade privada ser tomada para uso público sem justa compensação.¹¹⁷ (Grifei).

Todavia, durante muito tempo prosperou o entendimento de que esse privilégio poderia ser utilizado apenas no âmbito federal, não sendo sua aplicação obrigatória nos Estados Federados. Entretanto, em 1964, a Suprema Corte manifestou-se em sentido diverso, reformando jurisprudência datada de 1908,¹¹⁸ ao analisar a Seção I, da 14ª Emenda, que contém a seguinte redação:

Seção I. Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos, e sujeitas à sua jurisdição, são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado em que residem. Nenhum Estado fará ou executará qualquer lei que restrinja os privilégios ou imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nenhum Estado privará qualquer pessoa da vida, liberdade ou propriedade

¹¹⁶ SILVEIRA, Paulo Fernando. *Devido processo legal* : due process of law, p. 23.

¹¹⁷ UNITED STATES. National Archives and Records Administration. *The first 10 Amendments to the Constitution as ratified by The States*. Disponível em: < <http://www.nara.gov/exhall/charters/billrights/billrights.html> > Acesso em: 30 abr. 2001: “No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a Grand Jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the Militia, when in actual service in time of War or public danger; nor shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation.”

¹¹⁸ Vide RODRIGUES, Lêda Bocchat. *A corte de Warren (1953 - 1969)* : revolução constitucional. Rio de Janeiro : Civilização Brasileira, 1991, p. 204: “ *Malloy v. Hogan*, 378 U.S. 1 (1964), reformando *Twinning v. New Jersey*, 211 U.S. 78 (1908).”

sem o devido processo legal: nem negará a qualquer pessoa dentro de sua jurisdição a igual proteção das leis...¹¹⁹

Naquela ocasião pronunciou-se a Suprema Corte no sentido de que, da mesma forma que o governo federal deve cumprir a 5ª Emenda, respeitando o direito do acusado em não servir como instrumento de prova contra si mesmo, a 14ª Emenda deve ser igualmente acatada pelos Estados Federados. Assim, o privilégio contra a auto-incriminação, além de ser garantido em ambas as jurisdições, deveria ser aplicado em todas as fases do procedimento criminal, abrangendo qualquer espécie de confissão obtida contra a vontade do acusado, seja judicial ou extrajudicialmente.

Outrossim, o direito ao silêncio durante o interrogatório, principalmente o policial, vem sendo analisado com especial relevo nos Estados Unidos da América, uma vez que se trata "...provavelmente da área mais polêmica do direito constitucional norte-americano na esfera processual penal."¹²⁰

Segundo Theodomiro Dias Neto, a polêmica, ainda hoje latente, em torno do tema concentra-se em dois pontos cruciais, sendo que o primeiro reside na importância da figura do acusado na busca da verdade e sua postura jurídica em relação ao sistema probatório. Uma parte da doutrina entende que a confissão é elemento essencial para a eficácia do sistema de justiça penal, e a outra vertente propugna por um sistema acusatório, por intermédio do qual o Ministério Público tem o dever de carrear aos autos as provas da culpabilidade do acusado, sem esperar que ele se auto-acuse, ou que não seja eficientemente protegido por seus instrumentos de defesa.

O segundo aspecto do debate diz respeito à existência, ou não, de legitimidade quando o policial influi sobre a decisão do acusado auto-incriminar-se, confessando o

¹¹⁹ UNITED STATES. National Archives and Records Administration. *Amendments 11-27 to the Constitution of the United States*. Disponível em: < <http://www.nara.gov/exhall/charters/constitution/amendments.html> > Acesso em: 30 abr. 2001: "Section. 1. All persons born or naturalized in the United States and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State where in they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws"

¹²⁰ DIAS NETO, Theodomiro. O direito ao silêncio : tratamento nos direitos alemão e norte-americano. p. 195.

crime. A corrente favorável alega que a influência policial é necessária no benefício da própria sociedade, pois a generalidade dos casos demonstra que inexistente confissão voluntária. Os oponentes de tal entendimento insistem que somente é aceitável a confissão voluntária (que não deve ser confundida com espontânea, pois nesta existe a vontade íntima do acusado em se auto-incriminar), e que respeite as regras do devido processo legal.¹²¹

Ainda em Theodomiro Dias Neto surge a questão da voluntariedade da confissão, que vem sendo abordada pela Suprema Corte Americana desde a década de 30, entendendo aquele Tribunal que somente será voluntária a confissão quando a totalidade das circunstâncias indique que durante o interrogatório hajam sido observadas todas as regras consubstanciadas no devido processo legal, inserido na 14ª Emenda. Somente assim haverá a aprovação pelo teste de voluntariedade, levando à presunção de que a confissão seja realmente produto de uma decisão voluntária por parte do acusado.

Dentro desse contexto, e de acordo com os critérios da voluntariedade adotados, são inadmissíveis as promessas, artimanhas e enganos utilizados por parte da polícia visando obter uma declaração, ou com promessas de interceder em favor do acusado caso confesse, assim como outras situações semelhantes que demonstrem não haver livre disponibilidade da vontade de prestar as declarações auto-acusatórias.¹²²

Até a década de 60, o critério para se perquirir acerca da voluntariedade da confissão passava não apenas pelo exame da conduta policial (a fim de verificar se houve abuso), mas também pela avaliação das condições em que se encontrava o acusado quando prestou tal declaração. Com efeito, procurava-se analisar a respeito de suas vulnerabilidades, objetivando averiguar se a confissão obtida era, efetivamente, produto da vontade do indivíduo. Por conseguinte, eram invalidados os depoimentos obtidos por métodos duvidosos empregados pela polícia, mesmo que as declarações

¹²¹ Conforme DIAS NETO, Theodomiro. O direito ao silêncio : tratamento nos direitos alemão e norte-americano, p. 195.

¹²² Conforme CARVALHO, Ricardo Cintra Torres de. A inadmissibilidade da prova ilícita no processo penal : um estudo comparativo das posições brasileira e norte-americana. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 12, p. 162-200, out./dez. 1995, p. 189.

prestadas tivessem a aparência da verdade, ou seja, que fossem coerentes com o restante do conjunto probatório. Da mesma forma, eram desconsideradas as declarações obtidas sob circunstâncias que levassem a crer que a capacidade de entendimento do acusado estivesse prejudicada.¹²³

Ocorre que tal aferição, pela falta de critérios mais objetivos, acarretou inúmeras dificuldades na prática policial e judicial, levando a Suprema Corte, nos anos 60, a estabelecer uma elucidação jurisprudencial para a questão.¹²⁴ Assim, no caso *Escobedo vs. Illinois* (378 U.S. 478, em 1964),¹²⁵ “...a Corte afirmou ser inconstitucional o interrogatório de um suspeito ao qual fora negada permissão para consultar seu advogado; as declarações dele obtidas nessas circunstâncias não podiam ser usadas contra ele no julgamento.”¹²⁶

Da mesma maneira, paradigmática foi a decisão proferida no caso *Miranda vs. Arizona* (384 U.S. 436, em 1966),¹²⁷ onde se estabeleceu que o privilégio contra a auto-acusação é totalmente aplicável também na fase policial, e não apenas na judicial.¹²⁸ Além disso, e com fundamento na 5ª Emenda, foi estabelecida a

¹²³ Conforme CORWIN, Edward S. *A constituição norte-americana e seu significado atual*. Tradução de: Lêda Bocchat Rodrigues. Rio de Janeiro, Jorge Zahar Editor, 1986. p. 261: “...no caso *McNabb v. United States*, reformou a Corte sentença condenatória proferida por um tribunal federal, sob o fundamento de que a confissão fora obtida através de interrogatório ao réu durante períodos prolongados, na ausência de amigos e de advogado e sem levá-lo à presença de um comissário ou de um funcionário judicial, como manda a lei.”

¹²⁴ Conforme CARVALHO, Ricardo Cintra Torres de. *A inadmissibilidade da prova ilícita no processo penal : um estudo comparativo das posições brasileira e norte-americana*, p. 186-187.

¹²⁵ UNITED STATES. Find Law Internet Legal Resources. *U. S. Supreme Court* : *Escobedo v. Illinois*, 378 U.S. 478 (1964). Disponível em: <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=378&invol=478>> Acesso em: 30 abr. 2001.

¹²⁶ RODRIGUES, Lêda Bocchat. *A corte de Warren (1953 - 1969) : revolução constitucional*, p. 204.

¹²⁷ UNITED STATES. Find Law Internet Legal Resources. *U. S. Supreme Court* : *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966). Disponível em: <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=384&invol=436>> Acesso em: 30 abr. 2001.

¹²⁸ Conforme HENDLER, Edmundo S. *Derecho penal y procesal penal de los Estados Unidos*. Buenos Aires : AD-HOC S. R. L., 1996. p. 176: “De acuerdo con ese famoso precedente, cuando una persona que se halla bajo custodia policial es interrogada, tiene que ser informada de: a) su derecho a guardar silencio; b) que lo que diga puede ser usado en su contra; c) su derecho a contar con un abogado presente durante el interrogatorio; d) su derecho a asesorar-se con el abogado antes de hablar; e) la posibilidad de tener un abogado pagado por el Estado en caso de carecer de recursos.”

necessidade de ser proferida expressa informação ao acusado do seu direito ao silêncio durante o interrogatório policial feito sob custódia.¹²⁹

Em *Miranda vs. Arizona*, afirmou a Suprema Corte dos Estados Unidos que a atmosfera que cerca o interrogatório policial, feito quando o acusado está sob custódia, é naturalmente coercitiva, sendo que esta combinação entre interrogatório e custódia pode, por si só, levar o detido a se auto-incriminar contra sua vontade.¹³⁰ Visando afastar este perigo é que aquela Corte estabeleceu uma série de regras norteadoras da prática policial, envolvendo interrogatório de acusados sob custódia, e que ficaram conhecidas como *Miranda rules*, assim resumidas:

- ...(1) As regras são necessárias para garantir o privilégio contra a auto-incriminação e devem ser estritamente observadas na ausência de outras medidas que demonstrem ser "pelo menos tão efetivas em garantir que o acusado seja informado de seu direito ao silêncio e de sua contínua possibilidade em exercê-lo".
- (2) As regras aplicam-se "quando o inquirido está em custódia na delegacia policial ou encontra-se de alguma outra forma significativamente privado de sua liberdade pessoal". Não se aplicam, contudo, em casos de "indagações informativas no local do crime, de indagações gerais visando apurar as circunstâncias de fato" ou em casos de declarações voluntárias de qualquer natureza.
- (3) Antes de um interrogatório sob custódia é necessário que se informe o acusado de "forma clara e inequívoca sobre o seu direito ao silêncio". Este dever independe do conhecimento jurídico do inquirido, visto que o objetivo do dever de instrução não é somente informar aquele que ignora o seu direito, mas também atenuar a atmosfera coercitiva do interrogatório para aquele que já o conhece.
- (4) Além da notificação acima mencionada, o acusado deve ser informado de que suas declarações *poderão e serão usadas contra ele em juízo*, de tal forma que possa compreender as consequências advindas de uma renúncia de seu privilégio.
- (5) Por ser indispensável ao exercício do direito ao silêncio, "o acusado também deve ser informado sobre o seu direito de consultar um advogado e de estar por ele acompanhado durante o interrogatório". A aplicação desta regra independe do fato de o acusado ter aparente consciência deste direito.
- (6) A pessoa deve ser ainda informada que em caso de indigência um advogado será nomeado para representá-la, de tal forma que fique explícito que o direito a um defensor independe do poder aquisitivo.
- (7) O acusado é sempre livre para exercer o privilégio; "caso indique a qualquer momento durante o interrogatório que deseja manter-se em silêncio, o interrogatório deve ser suspenso". Da mesma forma, se ele demanda a presença de um advogado, o interrogatório será suspenso até que este esteja presente. Não há, entretanto, um dever de instrução quanto a este direito.
- (8) Se uma declaração é obtida sem a presença de um advogado "um forte ônus recai sobre o Estado em demonstrar que o acusado renunciou ao seu privilégio contra a auto-incriminação

¹²⁹ Conforme ROCHA, Luiz Otavio de Oliveira; BAZ, Marco Antonio Garcia. *Fiança criminal e liberdade provisória*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2000. p. 211.

¹³⁰ SUANNES, Adauto. *Os fundamentos éticos do devido processo penal*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1999. p. 270-271.

e o seu direito a um defensor de maneira consciente e inteligente. Tal renúncia não pode ser presumida pelo silêncio após a instrução ou por uma confissão.

(9) Qualquer declaração obtida em violação a estas normas não será admitida como meio de prova, independentemente da confissão ser total ou parcial, ou de ser inculpatória ou, alegadamente, exculpatória.

(10) Ninguém pode ser penalizado pelo exercício deste direito. É proibido qualquer tipo de comentário do promotor sobre o fato de o acusado ter de alguma forma exercido o seu privilégio. Não há dever de instrução quanto a este direito.¹³¹

Já nos anos 70, o aumento da violência associado a uma composição mais conservadora dos membros da Suprema Corte, determinou uma interpretação mais restritiva na aplicação dos *Miranda rules*, impondo uma série de exceções à sua aplicação, o que constituiu, obviamente, um retrocesso no pensamento até então adotado.¹³² Assim, a Suprema Corte norte-americana ao reinterpretar os termos contidos nas regras de Miranda, o fez de forma restritiva, analisando cada um de seus aspectos, de forma a estabelecer novos parâmetros.

O primeiro termo a ser objeto de (re)interpretação foi a custódia, assim considerada quando “...fique caracterizada uma situação de privação da liberdade pessoal do inquirido. Não é necessário, entretanto, que haja uma detenção formal; (...) se aplica também aos casos em que há uma limitação da liberdade de movimentos do inquirido a um nível equivalente a uma detenção formal.”¹³³

A Suprema Corte propôs que se fizesse um teste objetivo para definir se existe uma situação de custódia ou que faça presumir sua existência: que se analise as circunstâncias que envolvem o interrogatório, sob a perspectiva de uma pessoa razoável, de bom senso, dotada de discernimento, afastando, dessa forma, as análises subjetivas feitas pelo acusado.¹³⁴ Para aplicar-se o teste objetivo, examinam-se

¹³¹ DIAS NETO, Theodomiro. O direito ao silêncio : tratamento nos direitos alemão e norte-americano, p. 197–198. No mesmo sentido vide ainda CARVALHO, Ricardo Cintra Torres de. A inadmissibilidade da prova ilícita no processo penal : um estudo comparativo das posições brasileira e norte-americana, p. 187-188.

¹³² Conforme NUCCI, Guilherme de Souza. *O valor da confissão como meio de prova no processo penal*, p. 166; DIAS NETO, Theodomiro. O direito ao silêncio : tratamento nos direitos alemão e norte-americano, p. 198.

¹³³ DIAS NETO, Theodomiro. O direito ao silêncio : tratamento nos direitos alemão e norte-americano, p. 199.

¹³⁴ Conforme CARVALHO, Ricardo Cintra Torres de. A inadmissibilidade da prova ilícita no processo penal : um estudo comparativo das posições brasileira e norte-americana, p. 187.

diversas circunstâncias: “...fatos anteriores e posteriores ao interrogatório, comportamento dos policiais perante o inquirido, uso de força física, armas ou algemas, adoção de medidas para determinação de identidade, existência ou não de declaração expressa sobre a liberdade do inquirido em deixar o local, etc.”¹³⁵

O local onde o interrogatório for feito também pode fornecer elementos acerca da existência, ou não, de custódia, quando confrontado com as demais circunstâncias, mas nem todo depoimento feito em delegacia deve ser entendido como uma situação de custódia. Quando o indivíduo comparece à delegacia respondendo a simples convite, ou quando comparece voluntariamente, em princípio, não há custódia. O mesmo ocorre quando a inquirição é feita no local de trabalho, de lazer ou residência, na presença de várias pessoas. Entretanto, cada caso deve ser analisado pormenorizadamente, para que se perceba se há ou não a situação de constrangimento e coerção semelhantes ao interrogatório feito na delegacia, quando então as regras do caso *Miranda* devem ser aplicadas.¹³⁶

Outra questão complexa é a definição do termo interrogatório. Segundo a Suprema Corte, deve ser entendido como interrogatório, e portanto deve-se aplicar as regras de *Miranda*, quando o acusado, sob custódia, seja inquirido expressamente ou quando a conduta da polícia possa influenciá-lo a confessar, como na hipótese de confrontação com provas incriminatórias, tais como as declarações de um cúmplice que o incrimina. Por outro lado, a polícia estaria isenta de observar as regras de *Miranda* em situações de perigo à segurança pública, bem como à integridade de pessoas, tais como armas escondidas e seqüestros. Os críticos desta posição argumentam que a permissão concedida pela Suprema Corte, isentando a polícia da aplicação das *Miranda rules*, podem significar sua extinção.¹³⁷

¹³⁵ Conforme DIAS NETO, Theodomiro. O direito ao silêncio : tratamento nos direitos alemão e norte-americano, p. 199.

¹³⁶ Conforme DIAS NETO, Theodomiro. O direito ao silêncio : tratamento nos direitos alemão e norte-americano, p. 200.

¹³⁷ Conforme NUCCI, Guilherme de Souza. *O valor da confissão como meio de prova no processo penal*, p. 167; DIAS NETO, Theodomiro. O direito ao silêncio : tratamento nos direitos alemão e norte-americano, p. 200-201.

Miranda vs. Arizona talvez tenha sido o caso cuja decisão da Suprema Corte provocou maior polêmica nos Estados Unidos. A grande preocupação que cercou a prolação da sentença, e que instiga os debates, é o fornecimento de garantias que impeçam o acusado de servir de testemunha contra si mesmo, coibindo que sua vontade seja violentada num momento de custódia e coerção.

As regras impostas pelas *Miranda rules* visam inibir interrogatórios suspeitos, levados a efeito mediante ardis e utilizando métodos pouco ortodoxos. Assim, as garantias lidas num tom monótono, denotando menosprezo pelas regras (como vemos nos filmes), dando a impressão de ser mera formalidade legal e demonstrando descaso com a garantia constitucional do direito ao silêncio, fogem ao objetivo e aos parâmetros estabelecidos naquela decisão. A recomendação sustentada em inúmeros julgamentos posteriores, enfatiza a necessidade de verificação das condições pessoais do acusado, tais como sua idade, capacidade intelectual, condições físicas e emocionais no momento do interrogatório, bem como dos métodos utilizados pela polícia, impedindo aqueles que envolvam ilegalidades, ameaças, promessas e artimanhas. Finalmente, há que se observar o comportamento do acusado com a preocupação de verificar se houve a compreensão acerca dos direitos proclamados na leitura feita pela autoridade, e a consciência de dispor livremente destes direitos.¹³⁸

No direito norte-americano, o que se pretende com a utilização das regras de *Miranda* não é a inexistência de confissões e muito menos a generalização de sua invalidação. Ao contrário, a preocupação maior radica no sentido de serem oferecidas ao acusado todas as garantias constitucionais, colocadas à sua disposição pelo Estado democrático de direito no qual vive; e caso opte por sua renúncia, que esta seja fruto de opção consciente e livre, afinal a preocupação maior da Constituição norte-americana é com a liberdade individual de seus cidadãos.

Entretanto, o direito de não ser convertido em meio de prova contra si mesmo tem um significado maior. Além de não ser possível extrair nenhuma inferência do

¹³⁸ Vide DIAS NETO, Theodomiro. O direito ao silêncio : tratamento nos direitos alemão e norte-americano, p. 201-203: "...Dunaway v. New York 442 U.S. 200 (1979) (...) Orozco v. Texas 394 U.S. 324 (1969) (...) Hoffa v. United States 385 U.S. 293 (1966) (...) New York v. Quarles 467 U.S.649 (1984) (...) Rhode Island v. Innys 446 U.S. 291 (1980)."

silêncio guardado pelo acusado,¹³⁹ também é seu direito não ser forçado a agir como testemunha em seu próprio julgamento. Portanto, tem ele o direito de renunciar a responder a quaisquer perguntas, bem como de não ser convocado a ocupar o banco das testemunhas. O simples fato de ser forçado a sentar-se no banco das testemunhas já intimida e humilha, ainda que o veredito seja pela sua absolvição.¹⁴⁰

Como uma extensão do direito ao silêncio, e devido ao fato de sua violação constituir-se em prova ilícita, conforme a teoria dos frutos da árvore envenenada, todas as provas obtidas através da declaração prestada pelo acusado em desatendimento às regras de *Miranda* estarão contaminadas pelo vício da nulidade, sendo imprestáveis para utilização no processo criminal.¹⁴¹

Objeto de acalorada polêmica, tem sido a questão da extensão da renúncia ao privilégio de silenciar, ou seja, se uma vez renunciado o direito a não ser convocado como testemunha, há também a renúncia do direito de não se tirarem conclusões do silêncio guardado anteriormente. Foi o que ocorreu no caso *Doyle vs. Ohio*, 426 U.S. 610, quando após ser preso em flagrante por vender maconha, o acusado silenciou, mas em juízo optou por depor, tendo sido suas alegações impugnadas, por meio de reperguntas. Naquela ocasião a defesa protestou contra as perguntas feitas, mas não obteve êxito. O entendimento da Corte foi no sentido de que o silêncio guardado após ser cientificado expressamente não pode ser usado para obstar a credibilidade da declaração posterior.¹⁴²

¹³⁹ Conforme ARAÚJO, Nádia de; ALMEIDA, Ricardo R. O tribunal do júri nos Estados Unidos – sua evolução histórica e algumas reflexões sobre seu estado atual. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 15, p. 200-216, jul./set. 1996, p. 211: “...desde *Miranda vs. Arizona*, em 1966, o júri é obrigado a desconsiderar as declarações feitas pelo acusado antes de explicitamente advertido de seu direito de recusar-se a falar à polícia.”

¹⁴⁰ Conforme HENDLER, Edmundo S. *Derecho penal y procesal penal de los Estados Unidos*, p. 177: “Pero lo de compeler a ser testigo (...) tiene un significado más amplio que el que se traduce como no ser obligado a declarar. Significa no ser convocado a declarar y se interpreta que el solo hecho de ocupar el estrado es algo a lo que hay derecho a resitirse. En un fallo de la Corte Suprema de 1893 se acota el sentido intimidante y embarazoso que, aun para quien sea totalmente inocente, puede tener el solo hecho de ser puesto en el banquillo del testigo (...) *Wilson v. United States* 149 U.S. 60.”

¹⁴¹ Conforme HENDLER, Edmundo S. *Derecho penal y procesal penal de los Estados Unidos*, p. 178-179.

¹⁴² Conforme HENDLER, Edmundo S. *Derecho penal y procesal penal de los Estados Unidos*, p. 177-178.

Portanto, para a Suprema Corte, havendo a renúncia ao direito de calar, as declarações do acusado poderão ser objeto de interpretações, sejam contrárias ou favoráveis a ele, e deverão exprimir a verdade, uma vez que sejam feitas sob juramento, podendo incidir o acusado, em caso contrário, no crime de perjúrio.

No direito norte-americano, o direito ao silêncio pode ser invocado não apenas pelo acusado, mas também por qualquer testemunha, desde que o conteúdo de sua declaração possa incriminá-la.¹⁴³ Entretanto, se não há mais o risco de punição por aquele fato, o direito a silenciar deixa de existir. Assim, se o crime está prescrito, foi indultado, ou se por qualquer outra causa não há o risco de uma condenação, desaparece o direito de permanecer em silêncio. Da mesma forma que o acusado, há para a testemunha a possibilidade de renunciar ao direito ao silêncio. A implicação desta renúncia consiste em prestar o juramento, comprometendo-se em dizer a verdade, possibilitando, outrossim, sua incriminação pelo crime de perjúrio.¹⁴⁴

Por fim, nota-se a nítida influência do direito norte-americano em nosso país. Vários institutos, entre eles a teoria dos frutos da árvore envenenada em matéria de provas ilícitas, e que em alguns casos pode ter relação direta com o direito ao silêncio, são amplamente utilizados pelo nosso Supremo Tribunal Federal. E agora, o direito ao silêncio, instituto relativamente novo em nossa Constituição, também tem como espelho o direito norte-americano. Corrobora tal afirmação o fato de que no julgamento do Habeas Corpus nº 78.708,¹⁴⁵ o Ministro Sepúlveda Pertence fundamenta sua decisão assessorando-se no caso *Miranda vs Arizona*.

2.2 DIREITO ITALIANO

Os italianos, devido à sua posição geográfica, inseridos no *Velho Continente*, têm estado em contato com as questões atinentes ao direito ao silêncio já há muito tempo.

¹⁴³ Conforme CORWIN, Edward S. *A constituição norte-americana e seu significado atual*, p. 260: "...mas a testemunha deve reclamar explicitamente sua imunidade constitucional, pois de outro modo presumir-se-á que dela desistiu."

¹⁴⁴ Conforme HENDLER, Edmundo S. *Derecho penal y procesal penal de los Estados Unidos*, p. 178.

¹⁴⁵ Vide RTJ 168/977, p. 977-986.

Desde o direito romano antigo, passando pelo direito canônico e pela Inquisição, até o regime fascista, este povo tem, ao longo da história, convivido com as vicissitudes dos sistemas jurídicos implantados. Talvez esta seja uma das causas do grande desenvolvimento alcançado por seu Direito Processual Penal e pelo respeito que devotam aos direitos que resguardam a liberdade.

Por esta pequena digressão já é possível antever que o privilégio contra a auto-incriminação e o próprio direito ao silêncio estão inseridos na legislação italiana de longa data.

Desde o *Codice di procedura penale del Regno d'Italia del 1807*, já havia a preocupação em resguardar a posição processual do imputado em sede de interrogatório, inclusive assegurando o privilégio de não ser obrigado a servir de testemunha contra si mesmo, uma vez que se reconhecia a função defensiva do interrogatório. Para o exercício desta faculdade era determinado que o juiz instrutor do processo não considerasse o imputado como uma pessoa obrigada a fornecer provas contra si mesmo e assim auxiliar a Justiça a condená-lo, mas, ao contrário, deveria entender que ele era parte interessada na causa e que se utilizava do direito natural de defender sua incolumidade pessoal.¹⁴⁶

Posteriormente, entrou em vigor o *Codice di Procedura Penale* de 1865, o qual manteve no artigo 236 a orientação da legislação anterior. Continha, ainda, proibição acerca da imposição do juramento ao acusado, por entender que se tratava, na verdade, de uma certa forma de tortura, de uma coação moral, seguindo a orientação de norma inserida no Código de Processo Criminal da Sardenha de 1847. Portanto, tais determinações eram seguidas quando o imputado se recusasse a

¹⁴⁶ Conforme GREVI, Vittorio. “*Nemo tenetur se detegere*”: interrogatorio dell'imputato e diritto ao silenzio nel processo penale italiano. p. 28-29: “Se la formula legislativa non registrava alcun sostanziale progresso rispetto alle norme corrispondenti del Codice di procedura penale pel Regno d'Italia del 1807 (...) si manifestava tuttavia, in dottrina, una più diffusa e marcata consapevolezza circa i riflessi garantistici che ne derivavano alla posizione processuale dell'imputato in sede di interrogatorio. Non solo non si dubitava, infatti, che questi non potesse venire obbligato ad essere *testis contra se ipsum* (...), ma si poneva in risalto la funzione peculiarmente difensiva dell'interrogatorio (...). Sviluppando tale ordine di idee si sottolineava, inoltre, il dovere del giudice istruttore di ‘considerare l'imputato non come un cittadino obbligato di fornir lume alla giustizia, sivvero come una parte in causa che usa del diritto di natura a tutela della personale sua incolumità...”

responder ao interrogatório, e até mesmo quando simulasse um estado de loucura ou fingisse ser surdo-mudo para eximir-se de depor. Nestes casos, o imputado era advertido pelo juiz de que o processo teria prosseguimento.¹⁴⁷

Em 1913, outro Código de Processo Penal entrou em vigor e resguardou a condição anteriormente adquirida pelo princípio contra a auto-acusação, pelo direito ao silêncio e pelo interrogatório, o qual permaneceu sendo considerado meio de defesa.¹⁴⁸

Uma inovação em relação à legislação anterior foi a inserção de dispositivo relativo ao momento em que o juiz deveria formular a advertência ao imputado quanto ao direito ao silêncio. No código de 1865, o juiz somente informava o acusado de que havia a oportunidade de utilizar o direito ao silêncio e permanecer calado, caso houvesse a recusa deste em depor ou uma das situações de simulação de enfermidade antes referida. Ou seja, o imputado não seria forçado a confessar, nem a testemunhar contra si mesmo, mas se espontaneamente o fizesse o juiz não o instruiria acerca do direito de se calar.

Por seu turno, conforme o art. 261, § 2º, do Código de Processo Penal de 1913, o magistrado era obrigado a informar o imputado sobre o direito de silenciar

¹⁴⁷ Conforme GREVI, Vittorio. “*Nemo tenetur se detegere*”: interrogatorio dell'imputato e diritto ao silenzio nel processo penale italiano, p. 27-28: “La disciplina contenuta nel codice del 1865 era praticamente identica, come s'è accennato, a quella stabilita nel Codice di procedura criminale sardo del 1847: sancito a chiare lettere nell'art. 232 il divieto di ‘deferire il giuramento all'imputato’ (...), vi si disponeva ex art. 236 comma 1º che, allorquando l'imputato medesimo si fosse rifiutato di rispondere all'interrogatorio – o avesse dato segni di pazzia ‘che possano credersi simulati’, oppure si fosse finto sordo o muto ‘per esimersi dal rispondere’ – il giudice avrebbe dovuto avvertirlo che ‘non ostante il suo silenzio o le sue infermità simulate, si passerà oltre all'istruttoria del processo’.”

¹⁴⁸ Conforme pode ser observado com a transcrição da *relazione* expedida pela Câmara dos Deputados, segundo ROMEIRO, Jorge Alberto. *Considerações sobre o conceito do interrogatório do acusado*, p. 67-68: “Tenhamos presente, entretanto, que, devendo julgar-se de obra de um homem, é humano e razoável que as suas próprias atitudes de defesa ofereçam, porventura, argumentos de convicção. Fôra mister isolar-se alguém do ambiente humano, desconhecer as relações entre o mundo e a atividade psíquica, para pensar diversamente. O importante é estabelecer-se que, não sendo o interrogatório considerado como um meio de prova, não se pode de modo algum forçar ou reduzir o imputado a fazer de si mesmo uma fonte de prova. A confissão até pode facilitar ‘la ricerca’: mas por si só não a exaure. E é por essa razão que se proibem violências ou sugestões e que o juiz deve educar-se... a uma concepção correspondente ao fim do interrogatório, nas suas relações com o imputado.”

antes que este iniciasse o interrogatório, oportunizando uma melhor utilização do direito de defesa.¹⁴⁹

O Código promulgado em 1930, e que ficou conhecido como *Código Rocco*, manteve o privilégio contra a auto-incriminação e o direito ao silêncio, porém o fez de maneira limitada, tanto que adotou o sistema inquisitorial. Tal fato deve-se ao regime político então vigente, uma vez que entrou em vigor em pleno fascismo, sob o influxo de idéias autoritárias, denotando o interesse de fortalecer e centralizar o poder estatal e, por conseqüência, limitando os direitos individuais.¹⁵⁰

Sob o regime estatuído por tal código, os direitos dos acusados pela prática de infrações penais sofreram evidente retrocesso, levando em sua esteira o direito ao silêncio. Apesar disso, não houve a volta da tortura, nem do juramento.¹⁵¹

Por outro lado, devido à ideologia propugnada pelos detentores do poder à época (e interessados na sua manutenção), passou-se a argüir a existência no código anterior de um protecionismo exacerbado para com os acusados, alegando ser esta atitude contrária ao direito, além de contrastar com os interesses da justiça, na medida em que acarretava aos operadores do processo imensas dificuldades em relação à produção de provas.¹⁵²

¹⁴⁹ Conforme GREVI Vittorio. “*Nemo tenetur se detegere*” : interrogatorio dell’imputato e diritto ao silenzio nel processo penale italiano, p. 34-35: “Un’attenta lettura delle due disposizioni è sufficiente, infatti, per rendersi conto di una differenza di tutto rilievo (...): ed invero, mentre all’epoca del codice del 1865 il giudice era obbligato a formulare l’avvertimento previsto dall’art. 236 comma 1° solo dopo che l’imputato si fosse astenuto di fatto dal rispondere (...), con l’entrata in vigore del codice del 1913 il corrispondente avvertimento doveva essere formulato ex art. 261 comma 2° ancor prima (...) che, nella dialettica dell’interrogatorio, la ‘parola’ passasse all’imputato...”

¹⁵⁰ Conforme BUONO, Carlos Eduardo de Athayde; BENTIVOGLIO, Antônio Tomás. *A reforma processual penal italiana – reflexos no Brasil* : novos institutos processuais : procedimentos e ritos abreviados : a influência anglo-saxônica. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1991. p. 19-20.

¹⁵¹ Nesse sentido vide AZARA, Antonio; EULA, Ernesto. *Novissimo digesto italiano*. Torino : Sociale Torinese, 1962. v.8. p. 923.

¹⁵² Conforme GREVI, Vittorio. “*Nemo tenetur se detegere*” : interrogatorio dell’imputato e diritto ao silenzio nel processo penale italiano, p. 38: “Nella Relazione al progetto preliminare del codice si parlò dell’ ‘obbligo fatto al giudice dal codice del 1913 di avvertire l’imputato che egli poteva non rispondere’ come di un ‘obbligo...dannoso e disdicevole’, in quanto rivolto a tutelare ‘un interesse che per se stesso contrasta con l’interesse della giustizia’, ed a favorire un atteggiamento dell’imputato ‘contrario al diritto’ (...). Su questo stesso piano dialettico si collocò, poi, la maggior parte della dottrina degli anni successivi, allineandosi alle valutazioni espresse dal guardasigilli e criticando aspramente l’ ‘eccesso’ e l’ ‘esagerazione’ cui era pervenuto, in materia, il legislatore del 1913...”

Outra característica desse código foi o de permitir ao juiz do processo tirar conclusões a respeito do silêncio guardado pelo imputado. Sob o argumento de que o indivíduo acusado injustamente de um fato criminoso seria o maior interessado em demonstrar a insensatez da acusação, possibilitou-se a presunção de culpabilidade a partir da utilização do direito ao silêncio, ou da mentira por parte do acusado.

Portanto, à época houve um retrocesso, possibilitando o entendimento de que havia um ônus por parte do imputado de colaborar com a produção da prova.¹⁵³

Mas o silêncio ou a mentira, isoladamente, não seriam suficientes para determinar a condenação, a qual reclamava o exame do conjunto probatório. Entretanto, caso houvesse um indício de culpabilidade (por si só insuficiente para formar a convicção do juiz), corroborado pela negativa de responder (a qual chegou a ser equiparada à confissão tácita), ou ficasse comprovada a mentira por parte do imputado, estes elementos reunidos seriam suficientes para sustentar uma sentença condenatória.¹⁵⁴

Tal forma de interpretar os artigos 367 e 441 do Código de Processo Penal de 1930, foi alterada com a entrada em vigor da Constituição republicana, a qual restituiu o princípio da inviolabilidade do direito de defesa, e com ele o direito ao silêncio, e a não ser convertido em testemunha contra si mesmo.

¹⁵³ Conforme GREVI, Vittorio. “*Nemo tenetur se detegere*” : interrogatorio dell’imputato e diritto ao silêncio nel processo penale italiano, p. 44-45: “Esclusa, per le ragioni di cui s’è detto, la configurabilità di un obbligo giuridico di verità riguardo all’imputato, la situazione soggettiva di quest’ultimo, in sede di interrogatorio nel merito, fu ricondotta da taluni (...) alla categoria dell’onere: si parlò di un onere dell’imputato ‘di dichiarare il vero’ (...), volendosi con ciò significare che il medesimo era bensì libero di tacere od anche di mentire dinanzi alle domande che gli venivano poste, col rischio, tuttavia, di fornire al giudice – attraverso la propria condotta processuale – gli elementi di una ‘prova per presunzione’...”

¹⁵⁴ Conforme GREVI, Vittorio. “*Nemo tenetur se detegere*” : interrogatorio dell’imputato e diritto ao silêncio nel processo penale italiano, p. 45-46: “Senza arrivare all’inaccettabile conclusione di chi, pur in tempi non lontanissimi, aveva equiparato il silenzio dell’imputato ad una tacita confessione (...), si osservava come la reticenza e la menzogna – a parte i possibili riflessi negativi sul piano del diritto sostanziale (...) – diffondessero ‘un alone di sfiducia e di diffidenza a carico di colui che le impiega, con effetto di farlo apparire non credibile, anche in rapporto alle affermazioni conformi a verità’ (...), così da determinare, in ultima analisi, ‘un ridursi delle probabilità di una decisione favorevole’ (...) Come dire, al limite, che in presenza di un complesso d’indizi di per sé non sufficienti a fondare un accertamento di colpevolezza dell’imputato, anche il silenzio di questi – avvalorando gli indizi a carico e screditando gli eventuali indizi a discarico – avrebbe potuto fornire al giudice gli elementi di convincimento necessari per giungere ad una pronuncia di condanna...”

Este princípio foi sendo progressivamente desenvolvido, levando a uma nova forma de interpretação dos artigos supracitados. Passou-se, então, a constar em ata a opção do imputado pelo silêncio, mas cessou a possibilidade de ser inferida a presunção de culpabilidade.¹⁵⁵ As modificações operadas na legislação processual penal, em 1965 e 1969, as quais influenciaram sobremaneira a legislação atualmente em vigor, levaram o direito ao silêncio a evoluir em relação à forma de interpretação, possibilitando sua aplicação às diversas fases procedimentais, assim como nas investigações preliminares.¹⁵⁶

O atual Código de Processo Penal italiano entrou em vigor em 1989. Já sob o influxo de idéias democráticas, de valorização dos direitos humanos e da liberdade, tornou-se necessário promover uma série de modificações objetivando adaptar a legislação à ideologia ora imperante.¹⁵⁷ Tornou-se imperativo expurgar os resquícios do regime fascista que sobreviveram com o código anterior. Para a consecução desse objetivo, uma base acusatória mais compatível com os princípios norteadores dos direitos individuais fundamentais passou a nortear a legislação.¹⁵⁸

¹⁵⁵ Conforme LEONE, Giovanni. *Tratado de derecho procesal penal*. Tradução: Santiago Santís Melendo. Buenos Aires : Ediciones Juridicas Europa – America, 1961. v.2. p. 253.

¹⁵⁶ Conforme PISAPIA, Gian Domenico. *Compendio di procedura penale*. 4. ed. Padova : Cedam, 1985. p. 248-249. No mesmo sentido vide MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; MORAES, Maurício Zanoide de. Direito ao silêncio no interrogatório, p. 135.

¹⁵⁷ Conforme GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo em evolução*. 2. ed. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 1998. p.229-230: “O ponto nodal da passagem das provas pelas várias fases da persecução penal e do processo é resolvido, no Código italiano, no sentido de que os elementos probatórios colhidos nas *indagini preliminari* somente são examinados pelo juiz da audiência preliminar, que vai julgar a respeito da admissibilidade da acusação. Mas para o debate formam-se autos novos que não os contém, com exceção das provas irrepetíveis, das produzidas em contraditório no incidente probatório e do corpo de delito. (...) Resulta daí que o direito das provas e das medidas restritivas da liberdade constituem não apenas questões retóricas, mas informam todo o processo.”

¹⁵⁸ Nesse sentido vide BETTIOL, Giuseppe; BETTIOL, Rodolfo. *Istituzioni di diritto e procedura penale*. 6. ed. Padova : Cedam, 1995. p. 210. No mesmo sentido vide GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo em evolução*, p. 230: “O Código italiano e o novo modelo latino-americano foram cunhados na convicção de que o processo público e oral, de modelo acusatório, é o que melhor se presta à solução de qualquer controvérsia penal, não se podendo transigir com as garantias processuais, de índole constitucional, a pretexto de um suposto ‘eficientismo’ do processo, além de falaz, acaba sempre por penalizar o inocente.” Vide ainda o Art. 191, do Código de Processo Penal italiano: “Art. 191 (Prove illegittimamente acquisite) - 1. Le prove acquisite in violazione dei divieti stabiliti dalla legge non possono essere utilizzate. 2. L’inutilizzabilità è rilevabile anche di ufficio in ogni stato e grado del procedimento.”

Nessa esteira, o direito ao silêncio assumiu sua expressão máxima no direito italiano onde está regulado no art. 64,¹⁵⁹ sendo considerado como essencial para o desenvolvimento de um processo criminal justo.¹⁶⁰ Ao acusado é possibilitado o direito de calar, como expressão legítima da defesa técnica ou da auto-defesa.¹⁶¹

Em todas as fases procedimentais tal direito é assegurado, cabendo a advertência pela autoridade que preside o ato antes de qualquer manifestação do sujeito, ou seja, com a extensão do direito ao silêncio às investigações preliminares,¹⁶² o indagado, e posteriormente o imputado, podem utilizar-se dele, tanto perante o ministério público como perante o juiz. Cabe à autoridade que preside o ato determinar a redução a termo da advertência.¹⁶³

Um outra forma de resguardar o direito ao silêncio, assim como todos os demais direitos dos investigados e imputados, consiste na necessidade de assistência por parte de advogado, sendo nomeado um para quem não o tenha, e pago pelo Estado

¹⁵⁹ Vide “Art. 64 Regole generali per l’interrogatorio -1 La persona sottoposta alle indagini, anche se in stato di custodia cautelare o se detenuta per altra causa, interviene libera all’interrogatorio salve le cautele necessarie per prevenire il pericolo di fuga o di violenze. 2. Non possono essere utilizzati, neppure con il consenso della persona interrogata, metodi o tecniche idonei a influire sulla libertà di autodeterminazione o ad alterare la capacità di ricordare e di valutare i fatti. 3. Prima che abbia inizio l’interrogatorio, la persona deve essere avvertita che: a) le sue dichiarazioni potranno essere sempre utilizzate nei suoi confronti; b) salvo quanto disposto dall’art. 66 comma 1, ha facoltà di non rispondere ad alcuna domanda, ma comunque il procedimento seguirà il suo corso; c) se renderà dichiarazioni su fatti che concernono la responsabilità di altri, assumerà, in ordine a tali fatti, l’ufficio di testimone, salve le incompatibilità previste dall’art. 197 e le garanzie di cui all’art. 197-bis, 3-bis. L’inosservanza delle disposizioni di cui al comma 3, lettere a) e b), rende inutilizzabili le dichiarazioni rese dalla persona interrogata. In mancanza dell’avvertimento di cui al comma 3, lettera c), le dichiarazioni eventualmente rese dalla persona interrogata su fatti che concernono la responsabilità di altri non sono utilizzabili nei loro confronti e la persona interrogata non potrà assumere, in ordine a detti fatti, l’ufficio di testimone.”

¹⁶⁰ Conforme BETTIOL, Giuseppe, BETTIOL, Rodolfo. *Istituzioni di diritto e procedura penale*, p. 150.

¹⁶¹ Nesse sentido vide PISAPIA, Gian Domenico. *Compendio di procedura penale*, p. 38-39.

¹⁶² Vide “Art. 61 Estensione dei diritti e delle garanzie dell’imputato -1 I diritti e le garanzie dell’imputato si estendono alla persona sottoposta alle indagini preliminari. 2. Alla stessa persona si estende ogni altra disposizione relativa all’imputato, salvo che sia diversamente stabilito.”

¹⁶³ Conforme GREVI, Vittorio. *Diritto al silenzio ed esigenze cautelari nella disciplina della libertà personale dell’imputato*. *Politica del Diritto*, Padova, n. 4, p. 531-564, dez. 1994, p. 532.

quando haja precariedade financeira para arcar com os honorários.¹⁶⁴

O cunho garantista do direito italiano estabelece que qualquer pessoa é destinatária do privilégio contra a auto-incriminação e do direito ao silêncio, ou seja, “...durante as declarações de uma pessoa não acusada de um crime ou não submetida às investigações preliminares, a autoridade judiciária, ou de polícia judiciária, notando que emergem indícios contra ela, deve interromper o ato e adverti-la que, a continuar com tais declarações, poderão lhe acarretar futuras investigações, e a convida a nomear um defensor de sua confiança.”¹⁶⁵ Outrossim, o respeito para com os direitos individuais é de tal monta que não é o simples fato de se nomear o indivíduo como testemunha, detido, preso ou imputado, que poderá alterar a obrigatoriedade de se informar o indivíduo acerca do direito de silenciar, sob pena de se inutilizar a declaração feita. A invalidade pode ser declarada não apenas no caso de omissão, mas também quando a advertência haja sido formulada com imperfeições que inviabilizaram sua utilização. Outra decorrência natural é a inutilização da prova advinda da declaração do imputado quando ocorra uma das hipóteses acima, devido à sua evidente contaminação e assunção à regra da proibição da prova ilícita.¹⁶⁶

¹⁶⁴ Conforme PISAPIA, Gian Domenico. *Compendio di procedura penale*, p. 38-40. Vide ainda no Código de Processo Penal italiano: “Art.351 (Altre sommarie informazioni) 1. La polizia giudiziaria assume sommarie informazioni dalle persone che possono riferire circostanze utili ai fini delle indagini. Si applicano le disposizioni del secondo e terzo periodo del comma 1 dell’articolo 362 1 bis. All’assunzione di informazioni da persona imputata in un procedimento connesso ovvero da persona imputata di un reato collegato a quello per cui si procede nel caso previsto dall’art. 371, comma 2 lett. b), procede un ufficiale di polizia giudiziaria. La persona predetta, se priva del difensore, è avvisata che è assistita da un difensore di ufficio, ma che può nominarne uno di fiducia. Il difensore deve essere tempestivamente avvisato e ha diritto di assistere all’atto.”

¹⁶⁵ ROSSETTO, Enio Luiz. *A confissão no processo penal*. São Paulo : Atlas, 2001. p. 164. No mesmo sentido vide GREVI, Vittorio. Diritto al silenzio ed esigenze cautelari nella disciplina della libertà personale dell’imputato, p. 533. Vide ainda os seguintes artigos do Código de Processo Penal italiano: “Art. 63 Dichiarazioni indizianti -1 Se davanti all’autorità giudiziaria o alla polizia giudiziaria una persona non imputata ovvero una persona non sottoposta alle indagini rende dichiarazioni dalle quali emergono indizi di reità a suo carico, l’autorità procedente ne interrompe l’esame, avvertendola che a seguito di tali dichiarazioni potranno essere svolte indagini nei suoi confronti e la invita a nominare un difensore. Le precedenti dichiarazioni non possono essere utilizzate contro la persona che le ha rese. 2. Se la persona doveva essere sentita sin dall’inizio in qualità di imputato o di persona sottoposta alle indagini, le sue dichiarazioni non possono essere utilizzate. Art. 198 (Obblighi del testimone) -1. Il testimone ha l’obbligo di presentarsi al giudice e di attenersi alle prescrizioni date dal medesimo per le esigenze processuali e di rispondere secondo verità alle domande che gli sono rivolte. 2. Il testimone non può essere obbligato a deporre su fatti dai quali potrebbe emergere una sua responsabilità penale.”

¹⁶⁶ Conforme GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo em evolução*, p. 230.

Além do investigado, do imputado e das testemunhas, também podem fazer uso do direito ao silêncio as pessoas que mantêm relações de parentesco com o acusado e os profissionais que, por medida de segurança ou segredo de ofício, optam por calar.¹⁶⁷

O órgão julgante não pode inferir nenhuma conclusão acerca da opção pelo direito de silenciar,¹⁶⁸ devendo a convicção do juiz da causa ser formada pelo conjunto probatório. No atual direito italiano a motivação para silenciar pode estar fundada em inúmeras causas, e não apenas na tentativa de eximir-se de uma condenação, advindo daí a proibição da presunção de culpabilidade pelo simples fato de ser utilizado um direito assegurado na própria legislação processual penal.¹⁶⁹

¹⁶⁷ Conforme BUONO, Carlos Eduardo de Athayde; BENTIVOGLIO, Antônio Tomás. *A reforma processual penal italiana – reflexos no Brasil* : novos institutos processuais : procedimentos e ritos abreviados : a influência anglo-saxônica, p.112-114. Vide ainda os seguintes artigos do Código de Processo Penal italiano: “Art. 199 (Facoltà di astensione dei prossimi congiunti) - 1. I prossimi congiunti dell'imputato non sono obbligati a deporre. Devono tuttavia deporre quando hanno presentato denuncia, querela o istanza ovvero essi o un loro prossimo congiunto sono offesi dal reato 2. Il giudice, a pena di nullità, avvisa le persone predette della facoltà di astenersi chiedendo loro se intendono avvalersene. 3. Le disposizioni dei commi 1 e 2 si applicano anche a chi è legato all'imputato da vincolo di adozione. Si applicano inoltre, limitatamente ai fatti verificatisi o appresi dall'imputato durante la convivenza coniugale: a) a chi, pur non essendo coniuge dell'imputato, come tale conviva o abbia convissuto con esso; b) al coniuge separato dell'imputato; c) alla persona nei cui confronti sia intervenuta sentenza di annullamento, scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio contratto con l'imputato. Art. 200 (Segreto professionale) - 1. Non possono essere obbligati a deporre su quanto hanno conosciuto per ragione del proprio ministero, ufficio o professione, salvi i casi in cui hanno l'obbligo di riferirne all'autorità giudiziaria: a) i ministri di confessioni religiose, i cui statuti non contrastino con l'ordinamento giuridico italiano; b) gli avvocati, i procuratori legali, i consulenti tecnici e i notai; c) i medici e i chirurghi, i farmacisti, le ostetriche e ogni altro esercente una professione sanitaria; d) gli esercenti altri uffici o professioni ai quali la legge riconosce la facoltà di astenersi dal deporre determinata dal segreto professionale. 2. Il giudice, se ha motivo di dubitare che la dichiarazione resa da tali persone per esimersi dal deporre sia infondata, provvede agli accertamenti necessari. Se risulta infondata, ordina che il testimone deponga. 3. Le disposizioni previste dai commi 1 e 2 si applicano ai giornalisti professionisti iscritti nell'albo professionale, relativamente ai nomi delle persone dalle quali i medesimi hanno avuto notizie di carattere fiduciario nell'esercizio della loro professione. Tuttavia se le notizie sono indispensabili ai fini della prova del reato per cui si procede e la loro veridicità può essere accertata solo attraverso l'identificazione della fonte della notizia, il giudice ordina al giornalista di indicare la fonte delle sue informazioni. Art. 201 (Segreto di ufficio) - 1. Salvi i casi in cui hanno l'obbligo di riferirne all'autorità giudiziaria, i pubblici ufficiali, i pubblici impiegati e gli incaricati di un pubblico servizio hanno l'obbligo di astenersi dal deporre su fatti conosciuti per ragioni del loro ufficio che devono rimanere segreti. 2. Si applicano le disposizioni dell'art. 200 commi 2 e 3.”

¹⁶⁸ Conforme CORDERO, Franco. *Procedura penale*, 5. ed. Milano : Giuffrè, 2000, p. 250.

¹⁶⁹ Conforme LEONE, Giovanni. *Tratado de derecho procesal penal*, v.2, p. 255.

Uma inovação trazida pela legislação atual foi o exame das partes, instituto que disciplina o depoimento pessoal das partes.

Pela normatização atual, o interrogatório manteve a característica de meio de defesa, como no código revogado e, assim, tornou-se opcional.¹⁷⁰ Dessa forma, trata-se de um instituto diferente do interrogatório e do testemunho e, portanto, não se submete às penas e normas aplicáveis à este. A diferença reside no fato de ser requerido pelas próprias pessoas que serão objeto do exame, ou mediante a anuência destas, o que torna o instituto neste caso, um meio de prova. Tal fato deve-se a situação excepcional em que se desenvolve sendo, em princípio, voluntário o que demanda o interesse da própria parte em auxiliar na sua realização.¹⁷¹

Trata-se, portanto, de uma faculdade colocada à disposição das partes pelo legislador de 1988, uma vez que o interrogatório deixou de ser obrigatório, mas desde que "...a parte tenha requerido o exame direto, não pode mais subtrair-se a ele e nem as perguntas que lhe forem dirigidas durante o exame. Eis aqui porque tal meio de prova

¹⁷⁰ Conforme PISAPIA, Gian Domenico. *Lineamenti del nuovo processo penale*. 2. ed. Padova : Cedam, 1989. p. 31. No mesmo sentido vide ROSSETTO, Enio Luiz. *A confissão no processo penal*, p. 166.

¹⁷¹ Vide "Art. 208 (Richiesta dell'esame) - 1. Nel dibattimento, l'imputato, la parte civile che non debba essere esaminata come testimone, il responsabile civile e la persona civilmente obbligata per la pena pecuniaria sono esaminati se ne fanno richiesta o vi consentono. Art. 209 (Regole per l'esame) - 1. All'esame delle parti si applicano le disposizioni previste dagli artt. 194, 198 comma 2 e 499 e se è esaminata una parte diversa dall'imputato, quelle previste dall'art. 195. 2. Se la parte rifiuta di rispondere a una domanda, ne è fatta menzione nel verbale. Art. 210 (Esame di persona imputata in un procedimento connesso) - 1. Nel dibattimento, le persone imputate in un procedimento connesso a norma dell'art. 12, comma 1, lettera a), nei confronti delle quali si procede o si è proceduto separatamente e che non possono assumere l'ufficio di testimone, sono esaminate a richiesta di parte, ovvero, nel caso indicato nell'art. 195, anche di ufficio. 2. Esse hanno obbligo di presentarsi al giudice, il quale, ove occorra, ne ordina l'accompagnamento coattivo. Si osservano le norme sulla citazione dei testimoni. 3. Le persone indicate nel comma 1 sono assistite da un difensore che ha diritto di partecipare all'esame. In mancanza di un difensore di fiducia è designato un difensore di ufficio. 4. Prima che abbia inizio l'esame, il giudice avverte le persone indicate nel comma 1 che, salvo quanto disposto dall'art. 66 comma 1, esse hanno facoltà di non rispondere. 5. All'esame si applicano le disposizioni previste dagli articoli 194, 195, 498, 499 e 500. 6. Le disposizioni dei commi precedenti si applicano anche alle persone imputate in un procedimento connesso ai sensi dell'art. 12, comma 1, lettera c), o di un reato collegato a norma dell'articolo 371, comma 2, lettera b), che non hanno reso in precedenza dichiarazioni concernenti la responsabilità dell'imputato. Tuttavia a tali persone è dato l'avvertimento previsto dall'articolo 64, comma 3, lettera c), e, se esse non si avvalgono della facoltà di non rispondere, assumono l'ufficio di testimone. Al loro esame si applicano, in tal caso, oltre alle disposizioni richiamate dal comma 5, anche quelle previste dagli articoli 197 bis e 497."

tem caráter eminentemente contraditório, tanto que a negativa em responder, constará do auto de exame, terá legitimamente valor probatório.”¹⁷² Existe, nesse caso, a renúncia voluntária das partes em relação ao direito ao silêncio e ao princípio protetor contra a auto-acusação.

Assim, o legislador italiano demonstrou haver rompido com o sistema inquisitorial e fascista que impregnava a legislação revogada. Com efeito, o cunho eminentemente garantista do atual Código de Processo Penal italiano, conferindo primazia aos direitos individuais, encontrou fórmula própria para viabilizar o equilíbrio de forças entre o órgão da acusação e o da defesa, sendo primordial nesse aspecto o resgate em sua plenitude do privilégio contra a auto-incriminação e do direito ao silêncio.

¹⁷² BUONO, Carlos Eduardo de Athayde; BENTIVOGLIO, Antônio Tomás. *A reforma processual penal italiana – reflexos no Brasil : novos institutos processuais : procedimentos e ritos abreviados : a influência anglo-saxônica*, p. 116.

CAPÍTULO 3 EVOLUÇÃO DO DIREITO AO SILÊNCIO NA LEGISLAÇÃO PÁTRIA

3.1 LEGISLAÇÃO PORTUGUESA APLICADA NO BRASIL

À época do descobrimento do Brasil, vigiam em Portugal as Ordenações Afonsinas,¹⁷³ publicadas em nome do rei D. Afonso V, as quais vigoraram a partir do ano de 1446 até sua substituição pelas Ordenações Manuelinas, no ano de 1521. A forte influência recebida do Direito Canônico¹⁷⁴ pode ser apontada como uma característica das Ordenações Afonsinas, o que permite compreender o motivo pelo qual ao tratar no Livro V, das leis penais e do processo criminal, “...o legislador não teve em vista tanto os fins das penas, e a sua proporção com o delito, como conter os homens por meio do terror e do sangue.”¹⁷⁵

A 11 de março de 1521 D Manuel I, o Venturoso, fez publicar as Ordenações Manuelinas,¹⁷⁶ mantendo o mesmo espírito da legislação anterior, ou seja, estavam também impregnadas pelos direitos romano e canônico.¹⁷⁷ Portanto, ambas as Ordenações apresentavam, como o processo criminal europeu da época, confusão entre crime e pecado.¹⁷⁸ Como na legislação anterior, a confissão era extremamente valorizada, motivo pelo qual cabia a aplicação de tormentos ao réu obstinado em

¹⁷³ Sobre o processo penal durante o período em que vigoraram as Ordenações Afonsinas vide ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes. *O processo criminal brasileiro*, v.1, p. 109-121; PIERANGELLI, José Henrique. *Processo penal : evolução histórica e fontes legislativas*. Bauru : Jalovi, 1983. p. 54-57; ALMEIDA, Candido Mendes de. *Código philippino ou ordenações e leis do reino de portugal recopiladas por mandado d'el-rey D. Philippe I*. 14. ed. Rio de Janeiro : Typographia do Instituto Philomathico, 1870. p. XIX-XXI.

¹⁷⁴ Conforme PIERANGELLI, José Henrique. *Processo penal : evolução histórica e fontes legislativas*, p. 55.

¹⁷⁵ ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes. *O processo criminal brasileiro*, v.1, p. 111. Sobre as Ordenações Afonsinas vide mesmo autor e obra p. 109-121 e PIERANGELLI, José Henrique. *Processo penal : evolução histórica e fontes legislativas*, p. 54-57.

¹⁷⁶ A respeito do processo criminal durante o período de vigência das Ordenações Manuelinas vide PIERANGELLI, José Henrique. *Processo penal : evolução histórica e fontes legislativas*, p. 57-61; ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes. *O processo criminal brasileiro*, v.1, p. 122-131. ALMEIDA, Candido Mendes de. *Código philippino ou ordenações e leis do reino de portugal recopiladas por mandado d'el-rey D. Philippe I*, p. XXI-XXII.

¹⁷⁷ Conforme ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes. *O processo criminal brasileiro*, v.1, p. 124.

¹⁷⁸ Conforme ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes. *O processo criminal brasileiro*, v.1, p. 112.

silenciar,¹⁷⁹ menosprezando-se o privilégio contra a auto-incriminação.

Após a entrada em vigor das Ordenações Manuelinas, ocorreu uma vasta produção normatizadora através de leis, decretos, portarias, etc., mas elas “...nem alteraram fundamentalmente o sistema penal anterior, nem suavizaram o seu caráter violento.”¹⁸⁰

Ambas as Ordenações foram pouco utilizadas no Brasil devido ao fato de ser o início do período de colonização por parte de Portugal, e nessa época a população local era composta basicamente por indígenas e por alguns poucos portugueses que se aventuravam por nossas terras.¹⁸¹

Já as Ordenações Filipinas, obra encomendada pelo monarca Filipe I, passaram a vigorar a partir de 1603 sob o reinado de Felipe II e foram aqui largamente aplicadas vigendo por mais de duzentos anos, até a entrada em vigor do Código do Processo Criminal de Primeira Instancia, em 1832.¹⁸² Da mesma forma que as anteriores, tratou no Livro V da matéria respeitante aos direitos penal e processual¹⁸³ e neste aspecto também desconhecia o direito ao silêncio, assim como seu fundamento, o privilégio contra a auto-incriminação.

As Ordenações Filipinas foram fortemente influenciadas pela instauração da Inquisição em Portugal, no ano de 1536, acatando suas determinações quanto ao processo criminal. Dessa forma, seu direcionamento era no sentido de “...alcançar a certeza do delito, a identificação do agente e a sua *confissão*.”¹⁸⁴ (grifei) O período de sua vigência foi caracterizado pelo processo secreto e pela crueldade lançada sobre o

¹⁷⁹ Conforme PIERANGELLI, José Henrique. *Processo penal* : evolução histórica e fontes legislativas, p. 60 e ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes. *O processo criminal brasileiro*, v.1, p. 124.

¹⁸⁰ DOTTI, René Ariel. Um pouco da história luso-brasileira. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, n. 10, p. 176-187, abr./jun. 1995. p. 178.

¹⁸¹ Conforme PIERANGELLI, José Henrique. *Processo penal* : evolução histórica e fontes legislativas, p. 70.

¹⁸² Conforme PIERANGELLI, José Henrique. *Processo penal* : evolução histórica e fontes legislativas, p. 61. Sobre as Ordenações Filipinas vide ainda ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes. *O processo criminal brasileiro*, v.1, p. 131 - 139.

¹⁸³ Conforme BARREIROS, José Antonio. *Processo penal*, p. 50: “Em matéria de *disposições sobre processo penal*, o sistema seguido pelas Ordenações no seu livro V era bastante confuso pois aí misturavam-se regras jurídicas respeitantes ao Direito substantivo, com outras de incidência processual, surgindo umas após outras sem qualquer seguimento lógico.”

¹⁸⁴ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito processual penal*, p. 64.

corpo e o espírito dos acusados e condenados¹⁸⁵ em rituais macabros de tortura, devido à obstinação do julgador para obter a confissão do réu. Assim, toda a instrução do processo tinha por objetivo único a confissão do réu, sendo autorizado o emprego de qualquer meio hábil para alcançar tal objetivo, mesmo consistindo em perguntas capciosas, ciladas, sugestões, ameaças e tormentos,¹⁸⁶ conforme o disposto no Livro V, no Título CXXXIII.¹⁸⁷ É de se ressaltar que os suplícios não eram aplicados sem razão, mas, ao contrário, a lógica do sistema inquisitivo assim o exigia, uma vez que o processo criminal também objetivava a exibição e manutenção do poder político. Portanto, “...o suplício judiciário deve ser compreendido também como um ritual político. Faz parte, mesmo num modo menor, das cerimônias pelas quais se manifesta

¹⁸⁵ Conforme DOTTI, René Ariel. Um pouco da história luso-brasileira, p. 179.

¹⁸⁶ Conforme ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes. *O processo criminal brasileiro*, v.1, p. 130-131; vide ainda PIERANGELLI, José Henrique. *Processo penal: evolução histórica e fontes legislativas*, p. 68 e NUCCI, Guilherme de Souza. *O valor da confissão como meio de prova no processo penal*, p. 137.

¹⁸⁷ Conforme ALMEIDA, Candido Mendes de. *Código philippino ou ordenações e leis do reino de portugal recopiladas por mandado d'el-rey D. Philippe I*, p. 1308-1310: “Dos Tormentos. Não se pode dar certa fôrma quando e em que casos o preso deve ser mettido a tormento, porque pôde ser contra elle hum só indício, que será tão grande e tão evidente, que baste para isso, convem a saber, se elle tiver confessado fóra do Juizo, que fez o maleficio, por que he acusado, ou houver contra elle huma testemunha, que diga que lho vio fazer, ou fama publica, que proceda de pessoas de auctoridade e dignas de fé, ou se o preso se absentou da terra polo dito maleficio, antes que delle fosse querelado, com outro algum pequeno indício. E poderão ser contra elle muitos indícios tão leves e fracos, que todos juntos não bastarão para ser mettido a tormento: por tanto ficará no arbitrio do Julgador, o qual verá bem, e examinará toda a inquirição dada contra o preso. E se achar tanta prova contra elle, que o môva a crer, que elle fez o delicto, de que he acusado, mandal-o-ha metter a tormento, e de outra maneira não. 1. Quando o acusado fôr mettido a tormento, e em todo negar a culpa, que lhe he posta, ser-lhe-ha repetido em trez casos: o primeiro, se quando primeiramente foi posto a tormento, havia contra elle muitos e grandes indícios, em tanto que, ainda que elle no tormento negue o maleficio, não deixa o julgador crer, que elle o fez: o segundo caso he, se depois que huma vez foi mettido a tormento, sobrevierão contra elle outros novos indícios: o terceiro caso he, se confessou no tormento o maleficio, e depois quando foi requerido para ratificar a confissão em Juizo, negou o que no tormento tinha confessado. E em cada hum destes casos pôde, e deve ser repetido o tormento ao acusado, e ser-lhe-ha feita a repetição, assi e como ao Julgador parecer justo; o qual será avisado, que nunca condene algum, que tenha confessado no tormento, sem que ratifique sua confissão em Juizo, a qual se fará fóra da caza, onde lhe foi dado o tormento. E ainda se deve fazer a ratificação depois do tormento per alguns dias, de maneira que já o acusado não tenha dôr do tormento; porque de outra maneira presume-se per Direito, que com dôr e medo do tormento, que houve, a qual ainda nelle dura, receando a repetição, ratificará a confissão, ainda que verdadeira não seja. 2. E quando se derem tormentos a alguns culpados, o Julgador, que os mandar dar, não consentirá, que pessoa alguma seja presente, mais que elle, e o Scrivão, e o Ministro os quaes tormentos se darão da maneira que convem para se saber a verdade, que he o fim, para que se mandão dar.”

o poder...”¹⁸⁸ ou a manutenção desse *status quo* tanto pelos Reis quanto pela Igreja.

No interrogatório o réu inicialmente deveria proferir juramento em nome do Evangelho, comprometendo-se a dizer a verdade. A insistência quanto ao desconhecimento do fato a ele imputado, determinava o início da tortura com as repetições permitidas e previstas na lei.¹⁸⁹

Apenas o juiz detinha poderes para interrogar, havendo total discricionariedade quanto à quantidade de oitivas, podendo fazê-lo todas as vezes que entendesse conveniente.¹⁹⁰

Por óbvio, os tormentos não eram aplicados a todos os acusados indiscriminadamente. Da mesma forma que na aplicação da pena para os crimes em geral, havia distinção também entre as classes sociais segundo a própria legislação, instituindo privilégios para os poderosos,¹⁹¹ já naquele período apartados e descartados

¹⁸⁸ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir : nascimento da prisão*, p. 45.

¹⁸⁹ ALMEIDA, Candido Mendes de. *Código philippino ou ordenações e leis do reino de portugal recopiladas por mandado d'el-rey D. Philippe I*, p. 1310.

¹⁹⁰ Conforme ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes. *O processo criminal brasileiro*, v.2, p. 106: “Foi, pois, a forma inquisitória que, no intuito de obter a confissão do indiciado, isto é, no afã de terminar incertezas, generalizou a tortura e criou os interrogatórios sucessivos. O juiz podia fazer perguntas ao réu, em qualquer estado da causa, uma e mais vezes. E êste sistema predominou na legislação portuguesa, como se pode ver na Ord. L. III, tit. 32, §§ 1º, 2º e 3º e L. V, tit. 124.”

¹⁹¹ Segundo ALMEIDA, Candido Mendes de. *Código philippino ou ordenações e leis do reino de portugal recopiladas por mandado d'el-rey D. Philippe I*, p. 1310 - 1317, consta no Quinto Livro das Ordenações e, especificamente, no Título CXXXVIII (Das pessoas que são escusas de haver pena vil), penas mais brandas para os privilegiados. Estas eram distintas das penas aplicadas ao povo, tanto na qualidade e intensidade como na quantidade. A distinção abrangia desde as penas corporais (para o povo havia pena de amputação de membros, maior número de açoites e penas mais severas) até o degredo: os privilegiados eram mandados para a África, considerado um continente mais civilizado, enquanto peões e demais pessoas das classes inferiores eram degredadas para o Brasil, considerado um país onde a vida era um martírio permanente. Completando o rol de benefícios concedidos aos membros das classes sociais consideradas superiores estavam as disposições relativas aos tormentos: p. 1310: “...3. E os Fidalgos, Cavalleiros, Doutores em Canones, ou em Leis, ou Medicina, feitos em Universidade per exame, Juizes e Vereadores de alguma Cidade, não serão mettidos a tormento, mas em lugar delle lhes dará outra pena, que seja em arbitrio do Julgador, salvo em crime de Lesa Magestade, alcivosia, falsidade, moeda falsa, testemunho falso, feiticeria, sodomia, alcoavitaria, furto: porque segundo Direito, nestes casos não gozão de privilégio de Fidalguia, Cavallaria, ou Doutorado, mas serão atormentados e punidos, como cada hum outro do povo.”

do rol da “*clientela do sistema penal*.”¹⁹²

Como corolário formal desse procedimento, era necessário confirmar tal confissão com outra confissão ou qualquer outro meio de prova (testemunhas, documentos, indícios e tormentos).¹⁹³ Isto proporcionava uma certa legitimidade ao sistema, na medida em que perpassava a impressão de que a condenação surgia da análise do conjunto probatório, mas em realidade o que se percebe nitidamente é a busca ou legitimação de uma (in)verdade pré-concebida a partir da confissão¹⁹⁴ que, dentro do sistema da prova legal vigente,¹⁹⁵ era a um só tempo apenas uma das provas, mas a mais importante delas, ou a única que realmente interessava.¹⁹⁶

Outrossim, durante a vigência das Ordenações Filipinas, o privilégio contra a auto-incriminação não encontrou terreno propício ao seu desenvolvimento, o que fica explícito devido à característica inquisitorial da dita legislação. Tratando-se de uma legislação rígida, que procurava assegurar o poder aos seus detentores, buscava guarida no pensamento jurídico dominante à época, e este se assentava no arbítrio e na crueldade. O processo penal era usado como demonstração de força e como forma de manutenção do poder, fazendo do ritual macabro das execuções um espetáculo intimidador. Enfim, a atmosfera que circundava o processo criminal era incompatível

¹⁹² Conforme ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Do paradigma etiológico ao paradigma da reação social: mudança e permanência de paradigmas criminológicos na ciência e no senso comum. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 14, p. 276-287, abr./jun. 1996, p. 283: “Desde o ponto de vista das definições legais, a criminalidade se manifesta como o comportamento da maioria, antes que de uma minoria perigosa da população e em todos os estratos sociais. Se a conduta criminal é majoritária e ubíqua e a clientela do sistema penal é composta, 'regularmente', em todos os lugares do mundo, por pessoas pertencentes aos mais baixos estratos sociais, isto indica que há um processo de seleção de pessoas, dentro da população total, às quais se qualifica como criminosos. E não, como pretende o discurso penal oficial, uma incriminação (igualitária) de condutas qualificadas como tais. *O sistema penal se dirige quase sempre contra certas pessoas, mais que contra certas ações legalmente definidas como crime*. A conduta criminosa não é, por si só, condição suficiente deste processo. *Pois os grupos poderosos na sociedade possuem a capacidade de impor ao sistema uma quase que total impunidade das próprias condutas criminosas. (...) A clientela do sistema penal é constituída de pobres não porque tenham uma maior tendência para delinquir mas precisamente porque tem maiores chances de serem criminalizados e etiquetados como criminosos...*”

¹⁹³ Conforme PIERANGELLI, José Henrique. *Processo penal* : evolução histórica e fontes legislativas, p. 64.

¹⁹⁴ Conforme FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir* : nascimento da prisão, p. 38-40.

¹⁹⁵ Conforme ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes. *O processo criminal brasileiro*, v.1, p. 139.

¹⁹⁶ Conforme FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir* : nascimento da prisão, p. 38.

com a liberdade necessária para o respeito ao privilégio contra a auto-incriminação e o direito ao silêncio.

3.2 LEGISLAÇÃO DO PERÍODO IMPERIAL

A crueldade dominante no Livro V das Ordenações Filipinas já causava repugnância antes mesmo da Revolução Francesa, tanto que foi ensaiada uma reforma durante o reinado de D. Maria em Portugal, através de um Decreto de 31 de março de 1778, cabendo a Pascoal de Melo Freire sua confecção, mas a reforma não obteve aprovação perante a comissão de juristas indicada para analisá-la.¹⁹⁷

Com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, a independência dos Estados Unidos em 1776 e o humanismo propugnado na obra de Beccaria, Pietro Verri e outros iluministas, uma influência transformadora liberalizante se fez sentir em relação à crueldade das penas e à aplicação da tortura nos interrogatórios como forma de obter a confissão.¹⁹⁸

Em 10 de março de 1821 foi promulgada uma nova Constituição em Portugal, a qual denotava o influxo das idéias iluministas ensejadoras dos ideais de humanização das atividades afeitas à área criminal, embora se mantivesse como sustentáculo da monarquia. Foram asseguradas várias garantias para os acusados: imposição de novas leis apenas mediante absoluta necessidade, pena proporcional aos delitos, pena restrita ao acusado havendo proibição de sua extensão aos descendentes, abolição do confisco de bens, açoites, infâmia, baraço, pregão, marca de ferro quente, torturas e penas infamantes.¹⁹⁹

Quando em 1821 D. Pedro I ficou encarregado de governar o país, denotou desde o início de sua regência uma certa preocupação com a humanização e justiça do processo criminal. Através do Aviso de 28 de agosto de 1822 determinou que os juízes criminais observassem as normas consignadas na Constituição portuguesa sem no

¹⁹⁷ Conforme MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*, v.1, p. 98-99.

¹⁹⁸ Conforme DOTTE, René Ariel. Um pouco da história luso-brasileira, p. 180.

¹⁹⁹ Conforme MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*, v.1, p. 99.

entanto revogar as Ordenações Filipinas, as quais continuaram vigendo, sendo acatadas no que não confrontassem com a Lei Maior de Portugal.²⁰⁰

Após a Proclamação da Independência do Brasil, e já em 25 de março de 1824, foi outorgada por D. Pedro I a Constituição Política do Império, inspirada principalmente na Constituição francesa de Luís XVIII, de 1814.²⁰¹ Embora calcada no espírito liberal a nova Carta Política foi severamente criticada pelo caráter aglutinador do poder, centralizado nas mãos do Imperador.²⁰²

Esta aparente ambigüidade assenta-se nas características assumidas pelo liberalismo brasileiro em contraposição ao modelo europeu.²⁰³ Enquanto este caracteriza-se

...como ideologia revolucionária articulada por novos setores emergentes e forjados na luta contra os privilégios da nobreza, o liberalismo brasileiro é canalizado e adequado para servir de suporte aos interesses das oligarquias, dos grandes proprietários de terra e do clientelismo vinculado ao monarquismo imperial. (...) no Brasil, o liberalismo expressaria a ‘necessidade de reordenação do poder nacional e a dominação das elites agrárias’, processo esse marcado pela ambigüidade da junção de ‘formas liberais sobre estruturas de conteúdo oligárquico’, ou seja, a discrepante dicotomia que iria perdurar ao longo de toda a tradição republicana: a retórica liberal sob a dominação oligárquica, o conteúdo conservador sob a aparência de formas democráticas.²⁰⁴

²⁰⁰ Conforme MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*, v.1, p. 99; para maiores informações sobre o período vide ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes. *O processo criminal brasileiro*, v.1, p. 147-155.

²⁰¹ Conforme IGLÉSIAS, Francisco. *Constituintes e constituições brasileiras*. 3. ed. São Paulo : Brasiliense, 1986. p. 20.

²⁰² Conforme RUSSOMANO, Rosah. *Lições de direito constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro : José Konfino, 1970. p. 93.

²⁰³ O liberalismo na Inglaterra, França e Estados Unidos era norteador da seguinte forma segundo WOLKMER, Antonio Carlos. *História do direito no Brasil*. Rio de Janeiro : Forense, 1998. p. 74: “A dimensão ‘ético-filosófica’ do liberalismo denota ‘afirmação de valores e direitos básicos atribuíveis à natureza moral e racional do ser humano’. Suas diretrizes assentam nos princípios da liberdade pessoal, do individualismo, da tolerância, da dignidade e da crença na vida. Já o aspecto ‘econômico’ refere-se, sobretudo, às condições que abrangem a propriedade privada, a economia de mercado, a ausência ou minimização do controle estatal, a livre empresa e a iniciativa privada. Ainda como parte integrante desse referencial, encontram-se os direitos econômicos, representados pelo direito de propriedade, o direito de herança, o direito de acumular riqueza e capital, o direito à liberdade de produzir, de comprar e de vender. Por último, a perspectiva ‘político-jurídica’ do liberalismo está calcada em princípios básicos como: consentimento individual, representação política, divisão dos poderes, descentralização administrativa, soberania popular, direitos e garantias individuais, supremacia constitucional e Estado de Direito.”

²⁰⁴ WOLKMER, Antonio Carlos. *História do direito no Brasil*, p. 75-76.

A ideologia²⁰⁵ adotada nesse período mascarava o absolutismo sob a denominação de liberalismo, uma vez que visava a manutenção dos interesses da classe então dominante bem como da monarquia, sob o pretexto de trazer o progresso e a modernização necessárias para sobrelevar o colonialismo. Era um liberalismo com cunho conservador destinado à já conhecida manutenção do *status quo*, pelo que as classes favorecidas permaneceriam com seus privilégios e mandonismo enquanto a população despossuída continuaria excluída e marginalizada.

O projeto liberal imposto ao país possibilitou o triunfo dos conservadores sobre os radicais (embora estes quando alçados ao poder também souberam tirar proveito desta ideologia)

...estando dissociado de práticas democráticas e excluindo grande parte das aspirações dos setores rurais e urbanos populares, e movia-se convivendo e ajustando-se com procedimentos burocrático-centralizadores inerentes à dominação patrimonial. Trata-se da complexa e ambígua conciliação entre patrimonialismo e liberalismo, resultando numa estratégia liberal-conservadora que, de um lado, permitiria o `favor`, o clientelismo e a cooptação; de outro, introduziria uma cultura jurídico-institucional marcadamente formalista, retórica e ornamental. (...) Enfim, a tradição das idéias liberais no Brasil não só conviveu, de modo anômalo, com a herança patrimonialista e com a escravidão, como ainda favoreceu a evolução retórica da singularidade de um `liberalismo conservador, elitista, antidemocrático e antipopular`, matizado por práticas autoritárias, formalistas, ornamentais e ilusórias.²⁰⁶

Apesar desse aspecto, no artigo 179 a Constituição do Império trouxe algumas disposições humanizadoras do direito, possibilitando um arejamento na legislação criminal com a observância de direitos individuais, fato que permite asseverar ter sido sua outorga uma melhoria, pelo menos quando confrontada com a legislação

²⁰⁵ Neste trabalho, o conceito de ideologia está ligado ao seu significado negativo, a partir da perspectiva marxista. Assim, ideologia no sentido negativo é, conforme CHAUÍ, Marilena. *O que é ideologia*. São Paulo : Brasiliense, 1981, p. 113-114: "...um conjunto lógico, sistemático e coerente de representações (idéias e valores) e de normas ou regras (de conduta) que indicam e prescrevem aos membros da sociedade o que devem pensar e como devem pensar, o que devem valorizar e como devem valorizar, o que devem sentir e como devem sentir, o que devem fazer e como devem fazer. Ela é, portanto, um corpo explicativo (representações) e prático (normas, regras, preceitos) de caráter prescritivo, normativo, regulador, cuja função é de dar aos membros de uma sociedade dividida em classes uma explicação racional para as diferenças sociais, políticas e culturais, sem jamais atribuir tais diferenças à divisão da sociedade em classes, a partir das divisões na esfera da produção. Pelo contrário, a função da ideologia é a de apagar as diferenças como de classes e de fornecer aos membros da sociedade o sentimento da identidade social, encontrando certos referenciais identificadores de todos e para todos, como, por exemplo, a Humanidade, a Liberdade, a Igualdade, a Nação, ou o Estado."

²⁰⁶ WOLKMER, Antonio Carlos. *História do direito no Brasil*, p. 79.

anteriormente vigente.²⁰⁷

Outro fato muito influente na ordem política e jurídica nacional foi a implantação, em 1827, dos dois primeiros cursos de Direito do país: um em São Paulo e o outro em Olinda, transferido em 1854 para Recife.²⁰⁸

A elite brasileira até então enviava seus filhos para a Europa, principalmente para Coimbra, objetivando propiciar-lhes sobretudo formação jurídica, o que lhes assegurava a ascensão aos quadros do funcionalismo público, basicamente na magistratura e no Exército, quando retornassem ao Brasil. A formação jurídica em Coimbra e o exercício de funções públicas associados à segregação em relação aos pensamentos revolucionários, propiciou a formação de uma elite ideologicamente compacta, a qual demonstrou estar pronta para atuar como instrumento de manutenção do poder quando o Brasil tornou-se independente. Com a implantação em nosso país dos cursos jurídicos o fenômeno repetiu-se, assegurando a sustentação do poder vigente e foi além, possibilitando a reorganização, concentração e aumento dos tentáculos do aparelho estatal, uma vez que as decisões políticas norteadoras do destino nacional eram tomadas pelos membros do Executivo (Imperador, Conselheiros de Estado, Ministros) e do Legislativo (senadores e deputados), cargos aos quais eram alçados os juristas e bacharéis.²⁰⁹

De outra banda, os cursos de Direito assumiram função essencial após a Independência, objetivando manter uma articulação entre as regiões do país de forma a prevenir-se contra movimentos separatistas (daí a instalação estrategicamente no Nordeste e em São Paulo),²¹⁰ além de formar uma elite ideologicamente consentânea com a estrutura de poder dominante, preparando-a para administrar o país. As Escolas de Direito, devido ao seu objetivo de representar os interesses estatais, reproduziam a legalidade oficial baseada no positivismo. Mais que propugnar pelos princípios

²⁰⁷ Conforme DOTTI, René Ariel. Um pouco da história luso-brasileira. p. 183.

²⁰⁸ Conforme WOLKMER, Antonio Carlos. *História do direito no Brasil*, p. 80.

²⁰⁹ Conforme CARVALHO, José Murilo de. *A construção da ordem : a elite imperial: teatro das sombras: a política imperial*. Rio de Janeiro : Editora da Universidade Federal do Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1996. p. 34-43.

²¹⁰ NEDER, Gizlene. O direito no Brasil : história e ideologia. In: LYRA, Doreodó Araújo (Org.). *Desordem e processo*. Porto Alegre : Sérgio Antonio Fabris, 1986. p. 145-157. p. 147.

norteadores do liberalismo, visavam suprir o Estado com burocratas advindos da elite dominante durante o período colonial e, por conseguinte, interessados em manter os privilégios desta casta.²¹¹

Ambas as escolas demonstraram preocupação com a formação ideológica, política e econômica de seus alunos, os quais se constituiriam na elite pensante que iria determinar os rumos do país. No entanto, a ênfase maior foi em relação à formação política, disso decorrendo peculiaridades em relação às duas escolas. O curso do Recife possibilitou uma formação mais humanista, mais congruente com os postulados do liberalismo. Já o curso de São Paulo²¹² foi voltado mais ao pragmatismo e ao autoritarismo, à manutenção dos interesses da elite dominante, propiciando um cabedal de conhecimentos políticos e econômicos aos alunos adstritos à execução deste objetivo.²¹³

No entanto, ambas as escolas cumpriram as funções para as quais foram criadas, ou seja,

...para atender às necessidades burocráticas do Estado Nacional em emergência. Nesse sentido, privilegiou-se a formação política, em lugar de uma formação exclusivamente jurídica. Particularmente no caso de São Paulo, foram recrutados, para os mais altos cargos do Estado, bacharéis cuja carreira profissional se dispersou pelas diversas instâncias do legislativo e do executivo (...), pela magistratura e pelo magistério. (...) a elite política e o Estado brasileiro nessa sociedade pós-independência, desde cedo a educação elegeu-se como mecanismo político-ideológico de recrutamento dos agentes incumbidos da direção dos negócios públicos. Ela não apenas representou veículo de diferenciação social frente à imensa maioria da população desprovida de propriedade, pobre e analfabeta; a educação superior, além do mais possibilitou a homogeneização política da elite...²¹⁴

Dos bancos dessas duas escolas saíram os homens que determinaram os rumos a serem seguidos por nosso país, devido às funções que exerceram na administração pública, o que explica a aparente dicotomia na convivência do escravismo com leis pretendidas liberais, mas que ao fim se prestaram para manter coeso o poder central e os privilégios da elite dominante.

²¹¹ Conforme WOLKMER, Antonio Carlos. *História do direito no Brasil*, p. 80-81.

²¹² Sobre a história do Curso de Direito de São Paulo e suas peculiaridades vide ADORNO, Sérgio. *Os aprendizes do poder : o bacharelismo liberal na política brasileira*. Rio de Janeiro : Paz e Terra, 1988.

²¹³ Conforme NEDER, Gizlene. *O direito no Brasil : história e ideologia*, p. 147-154.

²¹⁴ ADORNO, Sérgio. *Os aprendizes do poder : o bacharelismo liberal na política brasileira*, p. 141-142.

Em 16 de dezembro de 1830, D. Pedro I sancionou o Código Criminal do Império Brasileiro. Foi considerado, à época, um diploma assentado em bases de justiça e equidade,²¹⁵ uma vez que foi inspirado nos mais nobres ideais liberais que já imperavam em diversas legislações, tais como a da França, Inglaterra, Estados Unidos, assim como nas codificações da Áustria (1803), Baviera (1813), Nápoles (1819), Parma (1820) e Espanha (1822). Por seu turno, influenciou a redação dos códigos espanhóis de 1848, 1850 e 1870, bem como as reformas procedidas nas legislações criminais da América Latina, além do prestígio adquirido junto aos juristas alemães Haus e Mittermayer.²¹⁶

Com o novo diploma criminal a pena perdeu a conotação de vingança ou castigo, passando a ser vista em termos de utilidade pública. Permanecia ainda a pena de morte, embora praticamente não tenha sido aplicada, devido a comutações para pena de prisão (as hipóteses caíram de cerca de setenta, admitidas pelas Ordenações, para apenas três casos: “...insurreição de escravos, homicídio agravado e latrocínio.”),²¹⁷ sendo entretanto suprimidas as mutilações e crueldades na execução.²¹⁸ Também admitia a pena de galés, prisão com trabalho, prisão simples, banimento, degredo, desterro, multa, suspensão do emprego, perda do emprego e açoites (apenas para os escravos, tendo sido abolidos em 1886).²¹⁹

O Código Criminal do Império Brasileiro (que vigorou até 1890) quando confrontado com as Ordenações Filipinas (incrustadas pelo modelo inquisitorial), representa significativo avanço na legislação pátria, embora conservasse em seu bojo “...traços do direito tradicional, agravados no Brasil por ser uma sociedade muito hierarquizada e discriminadora. Adotava princípios de liberdade e igualdade mais na teoria que na prática, como se comprova com a sobrevivência do escravismo até quase

²¹⁵ Conforme determinado pela Constituição no artigo 179, n. 18. A respeito vide ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes. *O processo criminal brasileiro*, v.1, p. 160 e PIERANGELLI, José Henrique. *Processo penal : evolução histórica e fontes legislativas*. p. 90.

²¹⁶ Conforme DOTTI, René Ariel. Um pouco da história luso-brasileira, p. 185.

²¹⁷ DOTTI, René Ariel. Um pouco da história luso-brasileira, p. 185.

²¹⁸ IGLÉSIAS, Francisco. *Trajetória política do Brasil : 1500-1964*. São Paulo : Companhia das Letras, 1993. p. 142.

²¹⁹ A respeito vide DOTTI, René Ariel. Um pouco da história luso-brasileira, p. 186-187.

o fim do século e com os reais privilégios sempre havidos na aplicação da lei.”²²⁰

Significativo nesse sentido é a proposital omissão tanto na Constituição de 1824 como no Código de 1830, de normas assecutorias dos direitos indígenas e dos escravos. Quanto aos índios, o *esquecimento* é devido à situação marginal destes dentro da sociedade (por viverem em suas tribos ou em situação irrelevante nas cidades). Já em relação aos escravos, a Constituição não os contemplou pelo fato de civilmente não serem considerados sujeitos de direitos, diferentemente do Código Criminal que lhes reservou a *benevolente* substituição das penas de trabalhos forçados em galés e das penas de morte para penas de açoites “...para que o dono não sofresse prejuízo, isto é, a direção da norma é a proteção da propriedade do senhor, não a pessoa do apenado.”²²¹

Em 29 de novembro de 1832 foi promulgado o Código do Processo Criminal de Primeira Instancia, o qual manteve o mesmo espírito liberal-conservador do Código Criminal do Império Brasileiro. Foi extremamente elogiado por suas disposições consoantes com os direitos humanos, tendo sido inspirado na Lei francesa 16-29 de 1791,²²² sendo esta, por sua vez, baseada no direito inglês.²²³

Concebido como um remate essencial da legislação penal, o novo diploma processual criminal alterou o sistema de justiça, prestigiando a vontade popular através do júri, do robustecimento do município e da exaltação dos chefes locais.²²⁴ Um novo papel foi atribuído a uma seleta parcela da comunidade que, suplantando a passividade anterior, passou a se fazer presente e atuante com a implantação dos júris de acusação e de sentença.

O Código apresentava duas divisões: a primeira tratava da organização judiciária e a segunda da forma do processo.

²²⁰ IGLÉSIAS, Francisco. *Trajetória política do Brasil : 1500-1964*, p. 142.

²²¹ WOLKMER, Antonio Carlos. *História do direito no Brasil*, p. 86.

²²² Conforme PIERANGELLI, José Henrique. *Processo penal : evolução histórica e fontes legislativas*, p.99: “O que se nos afigura fora de dúvida é que os pensamentos iluministas da época nele se fizeram sentir, aqueles mesmos princípios que tinham influído na elaboração da Constituição do Império e do Código Criminal de 1830.”

²²³ Conforme CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale*, p. 61.

²²⁴ Conforme IGLÉSIAS, Francisco. *Trajetória política do Brasil : 1500-1964*, p. 149.

Na organização judiciária composta por vários órgãos com atribuições próprias e ascensão de forma diferenciada ao cargo,²²⁵ primeiramente ocorreu a divisão da província em comarcas, termos e distritos: nos distritos (com no mínimo 75 casas) havia um juiz de paz auxiliado por um escrivão, um inspetor de quartirão e oficiais de justiça. Ao juiz de paz competia exercer funções de polícia administrativa²²⁶ e de polícia judiciária.²²⁷

Já nos termos havia um Conselho de Jurados, um juiz municipal,²²⁸ um promotor público,²²⁹ um escrivão e oficiais de justiça e nas comarcas havia o juiz de

²²⁵ O modo utilizado para o preenchimento dos cargos, nas diversas esferas de competência, era o seguinte, segundo LOPES, José Reinaldo de Lima. Uma introdução à história social e política do processo, p. 273: “Dentro da revolução liberal, criou diferentes juizados: o juiz de paz (escolhido por eleição local), o juiz municipal (indicado pelo presidente da província) e finalmente o juiz de direito (nomeado pelo imperador, vitalício, bacharel em direito).” A respeito vide ainda ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes. *O processo criminal brasileiro*, v.1, p. 174-175.

²²⁶ Conforme PIERANGELLI, José Henrique. *Processo penal : evolução histórica e fontes legislativas*, p. 105: “...competia-lhes a vigilância sobre as pessoas desconhecidas ou suspeitas que viessem habitar o seu distrito, a concessão de passaportes (§ 1º); a divisão do seu distrito em quarteirões (§ 8º); a prisão dos culpados, que podia ser realizada até mesmo em outros juízos (§ 5º).”

²²⁷ De acordo com PIERANGELLI, José Henrique. *Processo penal : evolução histórica e fontes legislativas*, p. 105: “...competia aos juizes de paz: obrigar a assinar termo de segurança aos suspeitos de cometer crimes, quando podiam aplicar multa (...), ou prisão de até trinta dias ou de até três meses (...) (§ 3º); assinar termo de bem viver aos vadios, mendigos, bêbados habituais, prostitutas perturbadoras do sossego público e turbulentos que 'por suas palavras ou ações ofendem os bons costumes, a tranqüilidade pública e a paz das famílias' (§ 2º); formar a culpa dos delinqüentes (§ 4º); conceder fiança dentro da sua alçada (§ 6º); julgar as contravenções às posturas municipais (§ 7º, primeira parte) e os crimes punidos com pena pecuniária (...), degredo, ou desterro de até seis meses ou três meses de prisão (...). Julgavam, portanto, as infrações punidas com penas leves.”

²²⁸ Aos juizes municipais competia segundo PIERANGELLI, José Henrique. *Processo penal : evolução histórica e fontes legislativas*, p. 105: “...substituir o juiz de direito nas suas faltas ou impedimentos, dentro do termo (art. 35 § 1º); executar, também dentro do termo, as sentenças e mandados expedidos pelos juizes de direito ou tribunais (§ 2º); exercer, cumulativamente, a 'jurisdição policial' (§ 3º); conceder *habeas corpus* (art. 342), dentro dos limites da sua jurisdição.”

²²⁹ Suas atribuições eram conforme PIERANGELLI, José Henrique. *Processo penal : evolução histórica e fontes legislativas*, p. 106: “...a) - denunciar os crimes públicos e policiais; b) - acusar os delinqüentes perante os jurados; c) - denunciar os crimes de redução de pessoas livres em escravos, de cárcere privado, homicídio consumado ou tentado, os ferimentos, o roubo, as calúnias e injúrias contra a pessoa do Imperador e membros da família imperial (...); d) - solicitar a prisão e punição dos criminosos e promover a execução das sentenças e mandados judiciais (...); e) - dar parte às autoridades competentes das negligências, omissões e prevaricações dos empregados na administração da justiça.”

direito (até 3, sendo um deles o Chefe de Polícia).²³⁰ O último órgão componente da organização judiciária era a Junta de Paz.²³¹

A ação penal podia ser exercida mediante queixa do ofendido ou de seu representante legal, por denúncia do Ministério Público, por qualquer do povo ou *ex officio* pelo juiz (permitido nos mesmos casos em que caberia a denúncia, mesmo sem a ocorrência desta).²³² O processo era público, transcorrendo em segredo apenas na hipótese de revelia do réu, por ocasião da formação da culpa, conforme o art. 147 do Código de Processo Criminal de Primeira Instancia.²³³

O juiz de paz nos crimes de sua competência (procedimento sumário), além de praticar todos os atos de instrução (inclusive podendo ele próprio iniciar o processo *ex officio*), também prolatava a sentença absolvendo ou condenando o réu. Nos crimes a que se aplicava o procedimento ordinário, após a formação da culpa, cabia ao Juiz de Paz decidir pela procedência ou não da queixa ou denúncia. Se procedente, enviava o processo ao júri de acusação ao qual cabia verificar acerca de sua admissibilidade, pronunciando o réu quando entendesse pela pertinência. Pronunciado o réu, o processo era enviado ao Júri de Sentença para o julgamento. Portanto, o procedimento acatado por esse Código no processo ordinário copiava o direito inglês, com a criação do pequeno e do grande júri.²³⁴

²³⁰ Competia aos juizes de direito conforme PIERANGELLI, José Henrique. *Processo penal* : evolução histórica e fontes legislativas, p. 105-106: "...a) - correr os termos de sua jurisdição para presidir os conselhos de jurados quando reunidos; b) - presidir o sorteio dos jurados, tanto para o júri de acusação como o de sentença; c) - instruir os jurados, por ocasião do julgamento; d) - policiar as sessões do júri; e) - regular os debates das partes, dos advogados e testemunhas; f) - aplicar a lei ao fato; g) - conceder fiança aos réus pronunciados perante o júri, a aqueles cuja fiança fora negada pelos juizes de paz e revogar aquela que fora concedida indevidamente por estes; h) - inspecionar os juizes de paz e municipais, instruindo-os acerca de seus deveres (...); i) - conhecer dos recursos opostos às decisões dos juizes de paz 'que obriga ou não obriga o denunciado à prisão, ou que concede ou denega a fiança': conceder *habeas corpus*."

²³¹ Segundo PIERANGELLI, José Henrique. *Processo penal* : evolução histórica e fontes legislativas, p. 106: "...formadas pela reunião de um certo número de juizes de paz, número que não excedia a 10 e nem podia possuir menos de 5 membros, que se reunia sob a presidência de um deles, o qual era escolhido mediante escrutínio secreto (...). Suas reuniões eram publicas, de portas abertas (...) competia conhecer de todas as sentenças proferidas pelos juizes de paz, quando imposta qualquer pena de que se tivesse interposto recurso, podendo confirmá-las, revogá-las ou alterá-las ..."

²³² Conforme ALMEIDA JUNIOR, João Mendes. *O processo criminal brasileiro*, v.1, p. 175-176.

²³³ MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*, v.1, p. 100: "Só se permitia o sumário de culpa em segredo, quando o réu não comparecesse a seus atos."

²³⁴ MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*, v.1, p.100-101.

O julgamento pelo júri passou a ser a regra, uma vez que todos os crimes cujas penas cominadas fossem maiores que seis meses deveriam seguir tal procedimento (ordinário). O interrogatório do acusado poderia ser levado a efeito em quatro momentos, sendo o primeiro por ocasião do flagrante delito (art. 132), o segundo durante o depoimento das testemunhas na fase da formação da culpa (art. 142), o terceiro diante do júri de acusação (art. 245) e o último diante do Júri de Sentença (art. 259).²³⁵

No primeiro interrogatório as perguntas a serem feitas ao réu estavam limitadas à sua qualificação e ao alegado pela pessoa que o conduzia e pelas testemunhas que acompanhavam a prisão em flagrante. No segundo interrogatório o réu poderia ser perguntado pelo juiz acerca de pontos duvidosos surgidos com o depoimento das testemunhas. O terceiro interrogatório ocorria para sanar dúvidas do Conselho de Jurados acerca do crime ou de sua autoria, ocasião em que todas as pessoas ouvidas nas fases anteriores também seriam reinquiridas. No último interrogatório o juiz podia livremente inquirir o réu acerca do contido nos argumentos da acusação ou da defesa.²³⁶

O artigo 98 do Código do Processo Criminal de Primeira Instância, trazia um formulário com as perguntas a serem feitas ao réu e o artigo 94 considerava válida a confissão quando feita livremente em juízo competente e em consonância com as circunstâncias do fato. Abolidos os tormentos, não havia regramento contemplando a hipótese do réu silenciar ou mentir e as audiências deveriam ser realizadas a portas abertas (art. 59), excetuando-se a deliberação dos jurados no Júri de Acusação (art. 243) e no Júri de Sentença (art. 270), quando decidiam a sós e a portas fechadas.

As determinações do referido estatuto processual foram tomadas como extremamente favoráveis aos acusados, fruto do espírito liberal que o insuflava, levando-o a ser festejado pelo respeito aos direitos individuais e devido a isto, em tese,

²³⁵ Conforme NUCCI, Guilherme de Souza. *O valor da confissão como meio de prova no processo penal*, p. 139-140.

²³⁶ Conforme ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes. *O processo criminal brasileiro*, v.2, p. 110-111.

coadunar-se com o privilégio contra a auto-incriminação²³⁷ (especialmente devido à influência do direito inglês). Todavia, a evidente democratização processual alcançada com o modelo adotado pela legislação de 1832 não se fez sentir (infelizmente) em sua *praxis*, principalmente por conta de deturpações, fruto principalmente da mentalidade dos juízes que, via de regra, tinham sua origem vinculada à velha estrutura das Ordenações Filipinas. Conforme João Mendes de Almeida Júnior

A defesa do indiciado na formação da culpa, e essa mesma só no caso de estar prêso ou afeiçoado, consistia em assistir às inquirições, contestar as testemunhas, assim como no interrogatório; entretanto, êsse interrogatório do indiciado, instituído para defesa, tornou-se, na prática, um ato de acusação, quando o juiz, abusando da posição e desnaturando o ato, se dispunha a extorquir a confissão. Havia mesmo juízes, cuja vilania se deleitava em manifestar habilidade em perguntas capciosas e sugestivas.²³⁸

Além disso, a eleição das autoridades judiciais, instrumento que deveria espelhar a democracia no processo, foi, em realidade, utilizada de forma espúria. Ocorre que o instituto das eleições constituiu-se num instrumento deturpador pelos “...sérios desvirtuamentos, pois as eleições são controladas por chefes locais, em geral proprietários de terras, que impõem suas vontades, fazem e desfazem autoridades. Em país de dimensões continentais, fica difícil a fiscalização e os maiores arbítrios se cometem.”²³⁹

A magistratura constituiu-se durante o período imperial, em um formidável aparato de opressão a serviço do poder, negando seu verdadeiro objetivo originalmente idealizado pelo legislador de 1832. A corrupção, o nepotismo e a impunidade grassaram durante aquele período devido às honrarias e privilégios concedidas à magistratura, corroborados pelos vínculos políticos e partidários que a mantinham

²³⁷ No sentido de que o interrogatório no Código do Processo Criminal de Primeira Instância era considerado como um meio de defesa devido ao acatamento por esta legislação do princípio da presunção de inocência vide SIQUEIRA, Galdino. *Curso de Processo Criminal* : com referência especial à legislação brasileira. 2. ed. rev. e augm. São Paulo : Livraria Magalhães, 1924. p. 332-333: “O nosso Código admitiu o interrogatório em *publico*, depois de *conhecidas as peças do processo*, e *limitadas as perguntas* a fazer pelo juiz; ainda mais, como que para caracterizar o *acto de defeza*, todas as perguntas relativas ao facto tendem a pedir ao réo provas da sua innocencia.” No mesmo sentido vide ROMEIRO, Jorge Alberto. *Considerações sobre o conceito do interrogatório do acusado*, p. 39.

²³⁸ ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes. *O processo criminal brasileiro*, v.1, p. 240-241. No mesmo sentido vide WOLKMER, Antonio Carlos. *História do direito no Brasil*, p. 90-98.

²³⁹ IGLÉSIAS, Francisco. *Trajétória política do Brasil* : 1500-1964, p. 151.

subjugada, principalmente pelo poder local.²⁴⁰ Conforme Antonio Carlos Wolkmer, em realidade

...o poder judicial estava identificado com o poder político, embora, institucionalmente, suas funções fossem distintas. O governo central utilizava-se dos mecanismos de nomeação e remoção de juízes para administrar seus interesses, fazendo com que a justiça fosse partidária, e o cargo, utilizado para futuros processos eleitorais (fraudes e desvios) ou mesmo para recompensar amigos e políticos aliados. Assim, o juiz deixava de apreciar conflitos de sua competência (impessoalidade, neutralidade) para entrar numa prática "antijudiciária", em que só contava o atendimento ao partido aliado e aos chefes no interior.²⁴¹

Portanto, se por um lado a magistratura representava uma forma de imiscuir-se nos privilégios da elite política do período imperial, de outro também significava total submissão aos detentores do poder devido à possibilidade de remover, promover, suspender e aposentar juízes arbitrariamente. Este modelo viciado refletia "...uma cultura marcada pela ética colonial-patrimonialista..."²⁴² herdada do sistema jurídico lusitano.

Entre 1830 e 1840 revoltas e insurreições políticas assolavam o país.²⁴³ Isto foi suficiente para que os conservadores (ávidos pela manutenção do poder e, conseqüentemente, pela reaquisição de seus privilégios) atribuíssem (de forma falaciosa, mas não sem objetivos) ao liberalismo do Código do Processo Criminal de Primeira Instancia a incapacidade para conter a situação. Tal fato, associado à corrupção da magistratura, gerou reclamos pugnando pela (conveniente) reforma da legislação processual.

Verifica-se, portanto, que o Código de Processo Criminal de 1832 oportunizou, a seu tempo, verdadeiro rompimento do paradigma das arbitrariedades, principalmente ao democratizar o processo e os procedimentos criminais, o que só não se perfectibilizou por conta do sempre recorrente desejo de manutenção de poder das velhas elites.

Com efeito, em 03 de dezembro de 1841, por meio da Lei n. 261,

²⁴⁰ Conforme LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto* : o município e o regime representativo no Brasil. 4. ed. São Paulo : Alfa-Omega, 1978, p. 197.

²⁴¹ WOLKMER, Antonio Carlos. *História do direito no Brasil*, p. 93.

²⁴² WOLKMER, Antonio Carlos. *História do direito no Brasil*, p. 94.

²⁴³ A esse respeito vide IGLÉSIAS, Francisco. *Trajatória política do Brasil* : 1500-1964, p. 156-160.

regulamentada pelo Decreto 120, de 31 de dezembro de 1842, foi procedida a reforma do Código.²⁴⁴ De acordo com a novel legislação (e o seu caráter naturalmente recrudescedor), os juízes municipais e promotores de justiça passaram a ser nomeados pelo Imperador, sendo um dos requisitos para o cargo a idoneidade (conceito dúbio e que permite compadrios). A isto se alia o fato de poderem ser suspensos tanto pelo Imperador como pelo presidente da província, o que lhes retirava o pouco de independência funcional de que dispunham, levando a população a desacreditar na Justiça e na preservação de seus direitos. Outras modificações se traduziram na extinção das Juntas de Paz e do Júri de Acusação, sendo mantido apenas o Júri de Sentença (com 12 jurados).²⁴⁵

As funções dos juízes de paz foram reduzidas à prisão dos ébrios, vadios, mendigos, perturbadores, prostitutas escandalosas, eliminação de quilombos, confecção dos termos de bem viver, auto de corpo de delito, prisão dos culpados, composição dos danos e litígios, sendo entretanto funções atribuídas também à polícia.²⁴⁶

Mas a grande celeuma está consubstanciada na ampliação da atividade policial. Foram criados na Corte e nas províncias os cargos de Chefe de Polícia (escolhidos dentre os desembargadores e juízes de direito), delegados e subdelegados (escolhidos dentre quaisquer juízes e cidadãos), cabendo sua nomeação ao Imperador ou aos Presidentes de Província, permanecendo no cargo segundo a conveniência do Governo ou da autoridade que o nomeou. Não dispunham de garantias, não recebiam nenhum tipo de vencimento, podendo ser removidos e eram obrigados a aceitar a nomeação para o cargo, sendo demissíveis sem quaisquer formalidades. Desta forma, atrelados ao Governo, se constituíram em um braço do poder, perseguindo adversários

²⁴⁴ Sobre o cenário político que antecedeu a edição da reforma, vide PIERANGELLI, José Henrique. *Processo penal : evolução histórica e fontes legislativas*, p. 133-135.

²⁴⁵ Conforme PIERANGELLI, José Henrique. *Processo penal : evolução histórica e fontes legislativas*, p. 141-142: "A Lei n. 261/1841 e o Decreto n. 120/1842 limitaram o interrogatório a três, sendo o primeiro por ocasião da fase de investigação, o segundo quando da formação da culpa e o terceiro no julgamento perante o Tribunal do Júri, mantidos no atual Código de Processo Penal." O Decreto 120 inseriu ainda o termo de qualificação do réu, de acordo com NUCCI, Guilherme de Souza. *O valor da confissão como meio de prova no processo penal*, p. 139-140.

²⁴⁶ Conforme ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes. *O processo criminal brasileiro*, v.1, p. 258.

políticos e apadrinhando os aliados.²⁴⁷

As atividades probatórias, de prevenção, de repressão e de informação atribuídas pelo Código do Processo Criminal aos juízes de paz ou aos juízes populares foram entregues à polícia, estando esta subordinada ao Ministro da Justiça “...que se transformou num *'generalíssimo da polícia'*, ao qual se entregou um verdadeiro exército de funcionários hierárquicos, que abrangia desde o presidente da província e o chefe de polícia, até o inspetor de quarteirão.”²⁴⁸

As atribuições da polícia foram ampliadas competindo-lhes exercer funções de polícia administrativa, polícia judiciária e *atividade judiciária*. Passou a ser função da polícia judiciária “...proceder a corpo de delito; expedir mandado de busca e apreensão; prender os pronunciados; julgar os crimes dentro de sua alçada.”²⁴⁹

Estavam, por conseguinte, presentes as condições necessárias para a instauração de um modelo consubstanciado no arbítrio, na corrupção e no abuso de poder.²⁵⁰

A própria polícia ficou encarregada, nos crimes de sua competência, de verificar a ocorrência do delito e julgar o acusado. Esta competência, concedida às autoridades policiais para exercer atribuições próprias da judicatura, possibilitou a instauração do “...policialismo mais arbitrário em matéria de processo criminal...”²⁵¹ significando o ressurgimento do método inquisitorial. Ao acusado, mais uma vez,

²⁴⁷ Conforme MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*, v.1, p. 102-103.

²⁴⁸ PIERANGELLI, José Henrique. *Processo penal : evolução histórica e fontes legislativas*, p. 140-141.

²⁴⁹ PIERANGELLI, José Henrique. *Processo penal : evolução histórica e fontes legislativas*, p. 141. Quanto aos crimes sujeitos a julgamento pela polícia judiciária tratam-se dos crimes apenados mais brandamente. Segundo o mesmo autor as atribuições de acordo com o artigo 3º, n. 4º, do Regulamento nº 120/1842, são as seguintes, p. 266: “A de julgar os crimes, a que não esteja imposta pena maior que multa de 100\$000, prisão, degredo ou desterro até seis meses com multa correspondente à metade do tempo, ou sem ella, e tres meses de Casa de Correção, ou officinas públicas, onde as houver.”

²⁵⁰ Conforme ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes. *O processo criminal brasileiro*, v.1, p. 241: “A Lei de 3 de dezembro de 1941, regulamentada pelo Dec. n. 120, de 31 de janeiro de 1842, não melhorou, neste ponto, as condições do sistema. Ao contrário: restringiu as atribuições dos Juizes de Paz: criou os chefes de polícia, delegados, subdelegados, com atribuições judiciárias, inclusive a de formar a culpa e pronunciar em todos os crimes comuns; aboliu o júri de acusação, tornando independentes de sustentação as pronúncias proferidas pelos chefes de polícia e pelos juizes municipais, cabendo contra elas logo o recurso, e determinando que as pronúncias pelos delegados e subdelegados seriam sustentadas e revogadas pelos juizes municipais.”

²⁵¹ MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*, v.1, p. 102.

passou a ser imputada a verdade que interessava ao seu julgador.

Tal assertiva é corroborada pelo fato de que os dois primeiros interrogatórios (agora reduzidos a três) passaram para a competência da Polícia, a qual sistematicamente desrespeitava o mandamento legal de apenas qualificar o réu e ouvir as alegações do condutor e das testemunhas que estivessem acompanhando o flagrante.²⁵² Verifica-se, assim, que as atribuições cometidas à Polícia de processar e julgar, associadas à inexistência de quaisquer garantias aos acusados, revelaram-se um terreno profícuo para a disseminação da corrupção e das pressões advindas dos poderosos (as oligarquias rurais).²⁵³ Assim é que as autoridades policiais durante os interrogatórios extrapolavam as determinações legais, extorquindo a confissão dos acusados.²⁵⁴

Evidenciada a intenção de aglutinação do poder estatal²⁵⁵ através da repressão centralizada na atividade policial (esta por sua vez atrelada ao Governo), a reforma desagradou num primeiro momento os liberais, recebendo o apoio dos conservadores. Posteriormente, percebido o alcance dessa legislação ela passou a receber o apoio de quem detinha o poder (seja liberal ou conservador). Desta forma, de 1844 a 1848 decorre o predomínio liberal, e estes tendo conquistado maioria de votos nas Câmaras, não propuseram a reforma da legislação, mas pelo contrário, fizeram uso dela como instrumento de dominação.

Atados à roda do poder estavam os delegados e subdelegados que subjugados pelo Governo poderiam nas situações que interessassem aos detentores do poder e nas épocas de eleições movimentar um verdadeiro aparato de repressão que se utilizava de fraudes, violências e opressões, sendo tal a indignação causada que a reforma de 1841

²⁵² Conforme ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes. *O processo criminal brasileiro*, v.2, p. 112.

²⁵³ Conforme LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto : o município e o regime representativo no Brasil*, p. 194.

²⁵⁴ Conforme ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes. *O processo criminal brasileiro*, v.2, p. 113.

²⁵⁵ Conforme LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto : o município e o regime representativo no Brasil*, p. 196: “Basta considerar que a lei de 3 de dezembro não foi um simples código processual ou de organização judiciária e policial; foi, acima de tudo, um instrumento político, um poderoso aparelho de dominação, capaz de dar ao governo vitórias eleitorais esmagadoras, estivesse no poder o partido conservador ou o liberal.”

é indicada como desencadeadora da revolução de 1842.²⁵⁶

Apesar de ser extremamente controversa, a Lei n. 261/1841 somente foi revogada em 1871, com a edição da Lei nº 2.033, regulamentada pelo decreto nº 4824 de 22 de novembro do mesmo ano,²⁵⁷ sendo o resultado de um acordo político firmado entre liberais e conservadores,²⁵⁸ advindo de um projeto “...organizado pelas comissões de justiça criminal e a constituição da Câmara dos Deputados e de emendas do Senado.”²⁵⁹ A Lei nº 2033 e seu regulamento outorgaram “...à polícia enormes poderes confundindo sua atividade com a atividade cartorária, consolidando o modelo inquisitorial, burocrático e cartorialista até hoje vivo, a despeito de tentativas de reforma. Sua origem, era o projeto conservador de exercício de poder político e controle centralizado.”²⁶⁰

Outrossim, a nova legislação foi desenvolvida com o mesmo embasamento da anterior, ou seja, sob o argumento falacioso de prover um aparato destinado à prevenção e repressão à criminalidade, mas que de fato objetivava “...a centralização do poder, propiciando às autoridades centrais e provinciais o controle sobre a administração da justiça criminal, com fins político-eleitorais.”²⁶¹

A legislação promulgada em 1871 determinou a separação entre funções judiciais e policiais, com a conseqüente extirpação de suas atribuições para a formação da culpa e pronúncia nos crimes comuns.²⁶² No entanto, as contravenções e pequenos delitos continuaram sendo processados pelas autoridades policiais (art. 11 do Decreto nº 4.824/1871), bem como restou aos Chefes de Polícia a atribuição para formar a culpa e pronunciar nos casos previstos no art. 60 do Regulamento nº 120/1842, ou seja,

²⁵⁶ Conforme LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto : o município e o regime representativo no Brasil*, p. 194-196. No mesmo sentido vide WOLKMER, Antonio Carlos. *História do direito no Brasil*, p. 93.

²⁵⁷ Para uma análise mais aprofundada da Lei nº 2033/1871 e do Decreto 4824/1871, vide ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes. *O processo criminal brasileiro*, v.2, p. 74-126; vide ainda TORNAGHI, Hélio Bastos. *Instituições de processo penal*, v.2, p. 225-247.

²⁵⁸ Conforme COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *O papel do novo juiz no processo penal*, p. 23.

²⁵⁹ ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes. *O processo criminal brasileiro*, v.2, p. 300.

²⁶⁰ LOPES, José Reinaldo de Lima. Uma introdução à história social e política do processo, p. 273-274.

²⁶¹ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *O direito à prova no processo penal*, p. 144.

²⁶² Conforme ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes. *O processo criminal brasileiro*, v.1, p. 241.

quando da ocorrência de crimes graves que por suas peculiaridades para sua elucidação e punição dos culpados, exigissem a presença dos Chefes de Polícia nos Termos ou Comarcas que os convocassem (art. 12 do Decreto nº 4.824/1871).

Com exceção das hipóteses acima, a jurisdição retornou ao juiz, mas por outro lado os Barões mantiveram o poder em suas mãos devido ao controle que exerciam sobre a polícia e a magistratura.²⁶³

A alteração mais relevante dessa reforma de 1871 e que afeta o processo penal ainda hoje foi a instauração do inquérito policial,²⁶⁴ instituto que pela primeira vez recebeu esta denominação.²⁶⁵

O inquérito policial, pela legislação de 1871, é um ato extrajudicial, próprio da polícia com função auxiliar da justiça. Cabia aos Chefes de Polícia, Delegados e Subdelegados, tão logo tomassem conhecimento da ocorrência de algum ilícito penal, procederem às averiguações e diligências necessárias para descobrir todas as circunstâncias do crime, bem como seu autor, tais como exame de corpo de delito, exame do local onde ocorreu o fato, oitiva de testemunhas e inquirição do indiciado.

Findas as diligências, os autos contendo as peças do inquérito policial deveriam ser remetidos a juízo, onde aguardariam o exercício da ação penal. Estabelece o Decreto nº 4824/1871:

Artigo 38: Os chefes, Delegados e Subdelegados de Polícia, logo que por qualquer meio lhes chegue a notícia de se ter praticado algum crime comum, procederão em seus districtos às diligencias necessárias para verificação da existência do mesmo crime, descobrimento de todas as suas circunstancias e dos delinquentes.

²⁶³ Conforme LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto* : o município e o regime representativo no Brasil, p. 197: “Verifica-se (...) que a organização policial, no Império, foi deplorável e esteve sempre dominada pelo espírito partidário. A organização judiciária, por outro lado, conquanto assinalasse sensível progresso em relação à magistratura, por suas vinculações políticas, era fato notório, acicamente condenado por muitos contemporâneos.”

²⁶⁴ Conforme TORNAGHI, Hêlio Bastos. *Instituições de processo penal*, v.2, p. 226: “O Decreto nº 4.824, de 22 de novembro de 1871, que regulou a aplicação da Lei nº 2.033, dedicou a seção 3ª do cap. 3º ao *Inquérito Policial*, que, pela primeira vez, aparece com este nome. Não o criou, entretanto, pois, como se viu em várias leis anteriores, aparecem dispositivos sobre o assunto, apenas sem o nome e a organização que lhe confere esse decreto.” No mesmo sentido vide ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes. *O processo criminal brasileiro*, v.2, p. 74.

²⁶⁵ Artigo 42 do Decreto nº 4.824, de 22/11 de 1871: “O inquérito policial consiste em todas as diligências necessárias para o descobrimento dos factos criminosos, de suas circunstancias e dos seus autores e complices: deve ser reduzido a instrumento escripto...”

Artigo 39: As diligências a que se refere o artigo antecedente compreendem: 1º O corpo de delicto directo. 2º Exames e buscas para apprehensão de instrumentos e documentos. 3º Inquirição de testemunhas que houverem presenciado o facto criminoso ou tenham razão para saber-o. 4º Perguntas ao réo e ao offendido. Em geral tudo o que fôr util para esclarecimento do facto e das suas circunstâncias.

Artigo 42, 6º: Terminadas as diligências e autuadas todas as peças, serão conclusas à autoridade que proferirá o seu despacho, no qual, recapitulando o que fôr averiguado, ordenará que o inquérito seja remetido, por intermédio do Juiz Municipal, ao Promotor Publico ou a quem suas vezes fizer; e na mesma occasião indicará as testemunhas mais idoneas, que por ventura ainda não tenham sido inquiridas.

Cabe aqui ressaltar que o inquérito policial mantém, desde sua edição até a presente data, suas características praticamente inalteradas, apesar das grandes modificações processadas no país desde então, estando consignado no Código de Processo Penal de 1941 (arts. 4º a 23) e na Constituição Federal de 1988 (art. 144, § 1º e § 4º).

Trata-se de um procedimento administrativo a cargo da polícia judiciária, sendo que, no uso de suas atribuições, pode deferir ou indeferir diligências requeridas (art. 17 do CPP), assim como empregar todos os meios que entender pertinentes para a consecução de seus objetivos, sendo limitado apenas pela lei e pela Constituição Federal. Permanece ainda hoje sigiloso,²⁶⁶ escrito e apresenta restrições ao exercício pleno da defesa.

O inquérito policial desenvolve-se sem o crivo do contraditório, fato mantido inalterado pela atual Carta Magna, uma vez que esta ao fazer referência ao *processo* acatou a imprescindibilidade daquele direito apenas na fase judicial (artigo 5º, LV).

Assim, somente com a instauração do processo há a exigência constitucional do contraditório e da ampla defesa, permanecendo a fase da persecução penal sob o estigma inquisitorial (fato que historicamente interessa aos governantes, por se tratar

²⁶⁶ Conforme o art. 20 do atual Código de Processo Penal: "A autoridade assegurará no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade." Excetua-se desta disposição as prerrogativas do advogado, inscritas nos incisos XIII, XIV e XV do art. 7º da Lei 8.906/94 (Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil).

de um importante instrumento de dominação).²⁶⁷

Sua função é a averiguação do fato criminoso com todas as suas circunstâncias e o descobrimento do autor do fato. Objetiva fornecer subsídios para o exercício da ação penal, sendo exclusivamente da polícia judiciária a instauração, elaboração e colheita de provas no inquérito policial não podendo ser substituída por qualquer outro órgão da administração pública, conforme determinado pelo artigo 4º do atual Código de Processo Penal.²⁶⁸

Uma das fases em que é permitido fazer perguntas ao indiciado é durante o inquérito policial (desde 1871, subsistindo no artigo 6º, V, do CPP atual). Pelo Decreto nº 4.824/1871, nos artigos 39 nº 4º, e 42 nº 3, em consonância com o art. 132 do Código do Processo Criminal de Primeira Instancia, as perguntas deveriam ser feitas como diligência do inquérito, podendo ocorrer em caso de flagrante delito, ou ainda antecedendo ou complementando o corpo de delito. Ao indiciado cabia fornecer dados acerca de sua qualificação e elucidar as alegações das testemunhas e do condutor do réu preso em flagrante delito. As respostas (ou a confissão) do indiciado deviam ser tomadas como um indício, carecendo de comprovação por outros meios. Nessa fase, apesar de seu cunho inquisitorial, a legislação não centrava a prova

²⁶⁷ Nesse sentido vide COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *O papel do novo juiz no processo penal*, p. 23. No mesmo sentido e defendendo esta forma de agir durante o inquérito policial vide TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*, v.1, p. 184-185: “Se no inquérito não há defesa, não há cogitar-se de restrição de uma coisa que não existe. Por isso mesmo os Advogados dos indiciados, quando se fizer necessário o sigilo, não podem acompanhar os atos do inquérito policial. Este é mera colheita de provas, mero procedimento informativo sobre o fato infringente da norma e sua autoria. O *jus accusationis* não se exerce nessa fase. A acusação inicia-se com o oferecimento da denúncia ou queixa. Proposta a ação, sim, é que deve haver o regular contraditório, erigido, aliás, entre nós, à categoria de dogma constitucional (...) O texto constitucional fala em 'acusados' e no inquérito policial não há 'acusados' e sim 'indiciados'. O que o legislador quis dizer e o que realmente diz o texto legal é que em juízo, isto é, iniciada a acusação, defesa e acusação devem situar-se no mesmo plano, com os mesmos direitos, embora colocados em pólos opostos, e, então, a defesa será ampla...” No sentido de que a Lei nº 8.906/94 (Estatuto da Advocacia) em consonância com o princípio da ampla defesa acatado pela atual Constituição não estendeu o sigilo do inquérito policial ao advogado vide TORÓN, Alberto Zacharias, RIBEIRO, Maurides de Melo. Quem tem medo da publicidade no inquérito?. *Boletim IBC'rim*, São Paulo, n. 84, p. 13-14, nov. 1999, p.13-14; vide ainda COSTA: Paula Bajer Fernandes Martins da. Publicidade na investigação criminal. *Boletim IBC'rim*, São Paulo, n. 84, p. 13, nov. 1999, p. 13.

²⁶⁸ As exceções nas quais são cabíveis inquéritos extrapoliciais são as seguintes conforme GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *O direito à prova no processo penal*, p. 224: “...inquérito judicial no processo de falência; o inquérito militar nos casos de infrações penais militares; as investigações das Comissões Parlamentares de Inquérito (CPI) e os casos em que haja indícios de crime cuja autoria possa ser atribuída a membro da Magistratura ou do Ministério Público, quando o seguimento deverá ser feito pelo tribunal (LONMP, art. 3º, parágrafo único) e pelo procurador-geral de justiça (LONMP, art. 41, parágrafo único).”

exclusivamente na confissão (embora a tortura praticada em segredo continuasse buscando sua incidência). Inexiste nessa legislação disposição regulando a hipótese da negativa do indiciado em responder.²⁶⁹

Uma visão superficial e simplista pode levar ao equivocado entendimento de que a Lei nº 2.033, regulamentada pelo Decreto nº 4.824, ambos de 1871, tratava o interrogatório exclusivamente como meio de defesa e que inclusive acatava plenamente o privilégio contra a auto-incriminação. No entanto, a motivação para a consecução dessa reforma demonstra o contrário e explica a situação encontrada na prática, ou seja, o que se via

...era um inqualificável abuso que as autoridades policiais, nas diligências do inquérito por ocasião das perguntas ao réu, (...) em vez de se limitarem a interrogar sobre as arguições feitas pelo condutor e testemunhas, estendessem-se em perguntas *suggestivas, capciosas e tormentosas*; e subia de ponto o abuso, quando essas autoridades policiais, fora do caso do flagrante delito, em vez de se limitarem ao auto de qualificação, (...) se arrogavam o direito de proceder a um interrogatório formal do réu, como se já tivesse formada a culpa!²⁷⁰

Esta ilegalidade praticada pelas autoridades policiais, interrogando o réu fora dos casos de flagrante delito, foi respaldada pelos tribunais sob o argumento de haver autorização no art. 29 do Decreto 4.824/1871,²⁷¹ que dispunha sobre a possibilidade de prisão preventiva do indiciado por crime inafiançável “...apoiando-se em prova de que resultem vehementes indícios de culpabilidade, ou seja confissão do mesmo réu ou documento ou declaração de duas testemunhas...”²⁷² o que explica a necessidade da confissão e os abusos perpetrados visando sua obtenção.

Verifica-se que a legislação do período imperial apresenta um cunho liberal consoante com o pensamento da época, mas devido às características assumidas pelo liberalismo no país, associado ao atrelamento da magistratura e da polícia aos grupos dominantes, bem como com a ideologia formadora da elite jurídica, possibilitou a instauração, na prática, de um processo penal ainda fortemente atado ao sistema

²⁶⁹ Conforme ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes. *O processo criminal brasileiro*, v.2, p. 95-96.

²⁷⁰ ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes. *O processo criminal brasileiro*, v.2, p. 113. No mesmo sentido vide SIQUEIRA, Galdino. *Curso de Processo Criminal* : com referência especial à legislação brasileira, p. 309-310.

²⁷¹ Conforme SIQUEIRA, Galdino. *Curso de Processo Criminal* : com referência especial à legislação brasileira, p. 310.

²⁷² Artigo 29 do Decreto nº 4.824/1871.

inquisitório e conseqüentemente arbitrário, propenso a fomentar abusos, violações a direitos fundamentais e injustiças, mas perfeitamente adequado à manutenção do *status quo*. Por conseguinte, como instrumento de dominação e de manutenção do poder instituído, não há reparos a serem feitos à legislação de então, mas sob o enfoque dos direitos individuais e do privilégio contra a auto-incriminação, não passou de falácia.

3.3 CONSTITUIÇÕES ANTERIORES

Conforme IGLÉSIAS, mesmo antes da independência do Brasil, mas cômico do seu futuro iminente, D. Pedro I já vislumbrara a necessidade da criação de uma lei própria para reger os destinos da nação. Com este objetivo o regente, em junho de 1822, convocou uma assembléia constituinte, a qual foi mantida quando o país ficou livre da dominação portuguesa, tendo esta iniciado os trabalhos no dia 3 de maio de 1823.

A constituinte era composta, na sua maioria, por pessoas sem experiência política, mas imbuídas pelo propósito de criar uma Constituição para o país. Por outro lado, nota-se, também, o seu interesse na criação de instrumentos de manutenção do poder, já que seus representantes foram carregados entre os membros da elite da época: grandes proprietários de terras (que utilizavam a mão de obra escrava), bacharéis, militares, padres, funcionários públicos e médicos.

A articulação política nesse período mostrava-se difícil, porquanto presentes vários grupos envolvidos na luta pelo poder: os reacionários, regeneradores ou portugueses; os nativistas ou exaltados; e os moderados (em maior número e ligados ao regente).

Ao proferir a primeira *fala do trono*, D. Pedro I afirmou que defenderia, com a espada, a pátria, a nação e a Constituição, se fosse digna do Brasil e dele. Este pronunciamento desagradou os constituintes, que entenderam haver um excessivo autoritarismo nestas palavras. A demora na tramitação dos trabalhos gerou desconfianças entre o Imperador e os parlamentares, tendo sido estas exacerbadas com

tumultos, atritos e atos de violência divulgados pela imprensa, culminando com uma grave crise política. Movido sobretudo por seu espírito autoritário, D. Pedro I, em 12 de novembro de 1823, dissolve a assembléia, prometendo ao povo um documento ainda mais liberal que aquele anteriormente discutido.²⁷³

Um Conselho foi nomeado para elaborar o projeto de constituição, tendo D. Pedro I participado ativamente dos trabalhos e nele introduzindo as influências recebidas do pensamento de alguns juristas conservadores da época, entre eles os constitucionalistas Gaetano Filangieri e Benjamin Constant.

Para não tornar explícita a outorga da Carta Política, o Governo enviou cópias aos Municípios solicitando sugestões. Poucos responderam, entre eles o de Itu, Rio de Janeiro, Salvador, Recife e Olinda. Assim, em 25 de março de 1824, foi outorgada pelo Imperador a Constituição Política do Império do Brasil.²⁷⁴

A Constituição outorgada traduz o espírito liberal da época, obviamente adaptado aos interesses locais de dominação, dividindo os poderes constituídos em quatro: Executivo, Legislativo, Judiciário e Moderador, sendo este último exercido pelo Imperador e inspirado nos ensinamentos de Benjamin Constant. No novo contexto político o Imperador é a figura central da nova Constituição: detém as funções do Poder Executivo e as do Poder Moderador, entre as quais cabe a harmonização dos demais poderes, podendo inclusive dissolver a Câmara caso surjam impasses. Em síntese, a nova Constituição mescla tendências liberais e absolutistas, cabendo ao Poder Moderador conciliar tais tendências.²⁷⁵

Verifica-se, também, na nova Carta Magna uma evidente centralização política e instrumentos destinados à manutenção dos privilégios da classe dominante. Isto porque os grandes proprietários rurais dominam o jogo político, embora não diretamente, mas através dos parlamentares (que agiam como seus agentes), constituídos principalmente de profissionais liberais, bacharéis ou comerciantes, aos quais asseguravam apoio e voto em troca de benefícios políticos. Disso decorre a

²⁷³ Conforme IGLÉSIAS, Francisco. *Trajectoria política do Brasil : 1500-1964*, p. 136-137.

²⁷⁴ Conforme IGLÉSIAS, Francisco. *Constituintes e constituições brasileiras*, p. 19-20.

²⁷⁵ Conforme IGLÉSIAS, Francisco. *Constituintes e constituições brasileiras*, p. 20-21.

omissão acerca dos direitos dos escravos que, apesar de na época constituírem um terço da população, sustentavam a economia agrícola com seu trabalho braçal.

Outro privilégio assegurado era a vitaliciedade dos Senadores. O exercício de tal cargo era conquistado através de lista tríplice, composta pelo povo e remetida ao Imperador para a escolha final. A eleição era procedida pelo sistema indireto, o que excluía grande parcela da população, pois era necessária renda mínima para votar e para ser eleito, devido ao voto censitário.²⁷⁶

Nesse período ainda não havia Justiça Eleitoral, bem como os meios de comunicação, educação e informação eram insuficientes, favorecendo sobremaneira a ocorrência das fraudes eleitorais. O grande proprietário rural dominava as cidades, sendo seu poder obtido através da coerção e do consenso, uma vez que a população ignorante via no latifundiário um líder que reunia as melhores condições de discernir qual o melhor candidato a ser eleito, além do que (obviamente) interessava estar entre os apadrinhados do senhor rural. Por outro lado, os partidos políticos eram desorganizados, sem um programa político definido, representando, em última análise, os interesses da classe dominante. Liberais e Conservadores provinham da mesma elite e quando alçavam o poder não demonstravam intenção de alterar a situação vigente.²⁷⁷

No que toca ao Poder Judiciário, nota-se que apesar de sua independência e da perpetuidade dos juízes de direito com exercício nas comarcas (os quais perdiam o cargo somente após sentença), havia a possibilidade de sua suspensão pelo Imperador, cabendo ao legislador ordinário determinar a forma de remoção para outros lugares. E mais, conforme Victor Nunes Leal, "...a garantia da vitaliciedade só beneficiava os juízes de direito, com exercício nas comarcas, mas não amparava os juízes municipais,

²⁷⁶ Conforme LOPEZ, Luiz Roberto. *História do Brasil contemporâneo*. 7. ed. Porto Alegre : Mercado Aberto, 1994. p. 18-19: "As eleições se faziam por mecanismos indiretos e havia amplas faixas da população que não tinham acesso ao voto, particularmente pelo fato do voto ser censitário, ou seja, condicionado à renda. Os mecanismos jurídicos determinavam uma participação nos altos cargos tão-somente à elite, visto que, para ingressar na Câmara dos Deputados, por exemplo, era necessário uma renda de 400.000 réis anuais e para ingressar no Senado uma renda de 800.000 réis anuais – e isso antes da Lei Saraiva, de 1881, que dobrou esses valores. Além disso, o fato da remuneração pelo exercício dos mandatos ser restrita aos meses de reunião (4 por ano) já bastava para limitar o acesso aos cargos àqueles que dispunham previamente de recursos."

²⁷⁷ Conforme LOPEZ, Luiz Roberto. *História do Brasil contemporâneo*, p. 18-19.

que serviam nos termos e eram nomeados por quatro anos, nem, obviamente, os juízes de paz, de investidura eletiva e com jurisdição limitada aos distritos.”²⁷⁸

Quanto ao Supremo Tribunal de Justiça, este “...não revisava provas e não verificava a inconstitucionalidade das leis aprovadas, adotando a posição de total omissão perante os assuntos mais sérios.”²⁷⁹

Em resumo, a Carta de 1824 refletia os interesses da época, sendo fruto de uma sociedade fechada, hierarquizada, onde a maioria dos políticos demonstrava tendência conservadora, como forma de autopreservação e de manutenção dos privilégios da classe da qual eles próprios advinham.²⁸⁰ Nesse contexto,

...essa Lei Maior afirmava-se idealmente mediante uma fachada liberal que ocultava a escravidão e excluía a maioria da população do país. A contradição entre o formalismo retórico do texto constitucional e a realidade social agrária não preocupava nem um pouco a elite dominante, que não se cansava de proclamar teoricamente os princípios constitucionais (direito à propriedade, à liberdade, à segurança), ignorando a distância entre o legal e a vida brasileira do século XIX.²⁸¹

Entretanto, mesmo com tais reveses, não se pode taxar a Constituição de 1824 de retrógrada, uma vez que devido à sua inspiração liberal não poderia se furtar a apresentação de uma declaração de direitos (mesmo que favorecesse apenas parcela da população), o que é feito no artigo 179 e seus incisos. Preocupou-se o legislador constitucional em dotar a nação com direitos capazes de resguardar o indivíduo contra os arbítrios e prepotências das autoridades. Para a consecução de tais objetivos é que surgiram as seguintes garantias: ninguém poderia ser compelido a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, exceto por disposição legal (inciso I); fixou a irretroatividade das leis (inciso III); a liberdade de pensamento e de comunicação, assegurando entretanto, a responsabilidade por tais atos (inciso IV); determinou a liberdade de culto religioso, embora aja adotado a religião Católica Apostólica Romana como oficial (inciso V); a liberdade de locomoção (inciso VI); a inviolabilidade do domicílio com restrição à sua privacidade à noite, exceto mediante consentimento do morador, ou em caso de

²⁷⁸ Segundo LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto* : o município e o regime representativo no Brasil, p. 189.

²⁷⁹ LOPEZ, Luiz Roberto. *História do Brasil contemporâneo*, p. 18.

²⁸⁰ Conforme IGLÉSIAS, Francisco. *Trajetória política do Brasil* : 1500-1964, p. 140.

²⁸¹ WOLKMER, Antonio Carlos. *História do direito no Brasil*, p. 85.

incêndio ou inundação e durante o dia com observância das determinações legais (inciso VII); regulamentou as formas pelas quais poderiam ser executadas as prisões (incisos VIII, IX, X); restringiu a prolação das sentenças às autoridades competentes e dentro das determinações legais (inciso XI); a independência do Poder Judiciário (inciso XII); a igualdade da lei (incisos XIII, XIV, XV); foram abolidos os privilégios pessoais, permanecendo apenas os referentes aos cargos (inciso XVI); extinção dos foros privilegiados, mantendo-os apenas para as situações determinadas por lei (inciso XVII); a elaboração de um código civil e criminal fundados em bases de justiça e equidade (inciso XVIII); as cadeias deveriam oferecer condições dignas para os apenados (inciso XXI); assegurou o direito de propriedade, embora haja previsto a desapropriação (inciso XXII); a liberdade de trabalho (inciso XXIV); a inviolabilidade das correspondências (inciso XXVII); responsabilizou as autoridades públicas por seus atos (inciso XXIX); assegurou o direito de petição aos órgãos públicos (inciso XXX); assegurou o auxílio público nas situações extremas (inciso XXXI); e a gratuidade da educação primária a todos (inciso XXXII).

Finalmente, a Constituição aboliu todas as penas cruéis, as de açoites, as torturas e a marca de ferro quente (inciso XIX). Assegurou também a restrição das penas à pessoa do condenado, liberando seus familiares do odioso ônus que se lhes estendiam anteriormente (inciso XX).

Portanto, os direitos primaciais dos indivíduos foram assegurados nessa Carta Política, ainda que tais direitos ficassem restritos aos cidadãos brasileiros, sendo excluídos de seu exercício e gozo os estrangeiros aqui residentes e os escravos (caput do artigo 179). Tais direitos também poderiam sofrer restrições em caso de invasões, rebeliões ou outros casos nos quais o Estado corresse algum perigo (incisos XXXIV e XXXV).

Assim, nessa Constituição as concepções da época foram satisfeitas, principalmente quando a comparamos com as de nações mais civilizadas, sendo reconhecida a prodigalidade do constituinte ao assegurar os direitos individuais. Mas "...essa Declaração haveria de resumir-se, porém, a uma discriminação genérica, a uma

proclamação apenas retórica, dificilmente aplicável na vida real.”²⁸²

No entanto, ela cumpriu sua finalidade, porquanto refletia o compromisso assumido entre conservadores, liberais moderados e os grandes proprietários de terras, além de instrumentalizar “...fórmulas conciliatórias para ajustar o Estado patrimonial ao modelo liberal de exercício do poder...”²⁸³ ou seja, “...a comprovação de que o texto assumia teor liberal-conservador, expurgando traços mais radicais e democráticos, e projetando preceituações legais que se transformavam em meras ilusões discursivas, era revelada quando retoricamente se proclamavam e ao mesmo tempo anulavam-se as liberdades, ainda quando se asseguravam direitos...,”²⁸⁴ mas (ironicamente) os declarava suscetíveis de serem suspensos. Some-se a isso o fato de que não havia uma proteção efetiva aos direitos constitucionalmente assegurados, uma vez que não havia a previsão de sua proteção através dos Tribunais (o que remete ao inevitável questionamento sobre sua real efetividade).²⁸⁵

Outrossim, foi uma Constituição formulada dentro dos ideais liberais da época, sem no entanto se descuidar da instrumentalização dos meios necessários à manutenção do poder das elites dominantes.

Quanto ao direito ao silêncio ou mesmo em relação ao privilégio contra a auto-incriminação, retórica e implicitamente foram assegurados com a proibição da tortura, mas, na prática, sua observância foi incompatibilizada pelas estruturas destinadas à manutenção do *status quo*.

Os conflitos pela obtenção do poder entre liberais e conservadores, o desgaste do regime imperial, associado à abolição da escravatura, sem indenização aos proprietários rurais (que descontentes retiraram o apoio dado ao Império), determinou a derrocada do Império no Brasil e o surgimento da República.²⁸⁶

A implantação da República determinou uma mudança de paradigma: durante

²⁸² RUSSOMANO, Rosah. *Lições de direito constitucional*, p. 361.

²⁸³ ADORNO, Sérgio. *Os aprendizes do poder : o bacharelismo liberal na política brasileira*, p. 61.

²⁸⁴ WOLKMER, Antonio Carlos. *História do direito no Brasil*, p. 85.

²⁸⁵ Conforme RUSSOMANO, Rosah. *Lições de direito constitucional*, p. 363.

²⁸⁶ Conforme IGLÉSIAS, Francisco. *Trajetória política do Brasil : 1500-1964*, p. 180. No mesmo sentido vide LOPEZ, Luiz Roberto. *História do Brasil contemporâneo*, p. 22.

o Império o modelo constitucional seguido era o europeu (predominantemente o francês), enquanto o novo regime buscou orientação no modelo norte-americano. Tal opção deveu-se a vários fatores, tais como: semelhança em extensão territorial, desejo de descentralização política e êxito da política norte-americana nas relações de comércio exterior.²⁸⁷

Dentre os principais grupos existentes à época, destacavam-se os cafeicultores, que almejavam a implantação do federalismo como forma de atingir o poder nacional, o qual seria alcançado através do controle político regional. Para eles, a ênfase a ser dada ao exitoso modelo implantado na América do Norte era por demais conveniente, principalmente como meio de justificar seus interesses pessoais na defesa da propriedade privada, bem como na organização do poder, o que possibilitava o domínio político e social de uma classe formada por ex-donos de escravos.²⁸⁸ Os militares, por seu turno, ansiosos por cargos e prestígio, vislumbravam “...maior chance de ascensão social e vieram a ser o braço armado na implantação do regime republicano.”²⁸⁹

E para instrumentalizar e fundamentar esta nova ordem foi promulgada, em 24 de fevereiro de 1891, a nova Carta Constitucional. Desta feita, o texto constitucional foi produzido por uma Assembléia Constituinte, encabeçada por Rui Barbosa, que manteve o seu caráter liberal, adotou como forma de governo a República Federativa, determinou a tripartição dos poderes conforme o pensamento de Montesquieu, bem como o regime de governo presidencial.²⁹⁰

A descentralização já se nota no novo texto constitucional, pois em seu artigo 34, parágrafo 23, havia, de forma implícita, a outorga aos Estados-membros da competência para legislar sobre matéria processual, tendo vários deles se utilizado do permissivo constitucional, enquanto outros preferiram manter a orientação do Código

²⁸⁷ Conforme RUSSOMANO, Rosah. *Lições de direito constitucional*, p. 104.

²⁸⁸ Conforme CARVALHO, José Murilo de. *A formação das almas : o imaginário da República do Brasil*. São Paulo : Companhia das Letras, 1990. p. 24-25.

²⁸⁹ LOPEZ, Luiz Roberto. *História do Brasil contemporâneo*, p. 22.

²⁹⁰ Conforme RUSSOMANO, Rosah. *Lições de direito constitucional*, p. 104-106.

do Processo Criminal de Primeira Instancia.²⁹¹

Quanto aos direitos individuais, assegurados no artigo 72, houve uma evolução em relação à Constituição anterior: os direitos individuais passaram a ser protegidos através da tutela judicial, uma vez que foi instituído de forma ampla o *habeas corpus* (§ 22), como forma de coibir a ilegalidade atentatória da liberdade individual; os direitos individuais foram estendidos aos estrangeiros residentes no nosso país (caput do art. 72); adotou-se o princípio da isonomia, com a extinção dos privilégios e regalias resultantes do nascimento, títulos nobiliárquicos ou honoríficos (§ 2º); houve a delimitação de fronteiras entre Estado e Igreja, com a proibição de subvenções a Igrejas e cultos, a inexistência de religião oficial e a liberdade de culto (§§ 3º 7º); foram abolidas as penas de galés, banimento e morte, excetuando-se as disposições militares (§§ 20 e 21); foi assegurada a ampla defesa, com todos os recursos e meios necessários ao seu exercício (§ 16). Além da enumeração constante do artigo 72, foram também assegurados, de forma ampla, os direitos e garantias individuais decorrentes da forma de governo e dos princípios por ela adotados (art. 78).

O direito ao silêncio não foi tratado explicitamente, embora o privilégio contra a auto-incriminação possa ser entendido como estando implícito no princípio da ampla defesa. Entretanto, alguns aspectos demonstram sua inobservância na prática, uma vez que “...apesar da abolição da escravidão, a sociedade caracterizava-se por desigualdades profundas e pela concentração do poder. Nessas circunstâncias, o liberalismo adquiria um caráter de consagração da desigualdade, de sanção da lei do mais forte.”²⁹²

Tal fato se devia ao poder exercido pelos coronéis (antigos atores do recém deposto cenário imperial), os quais dominavam o processo eleitoral. Nesse contexto, além de imperar a fraude, havia a proibição da participação do analfabeto nas eleições, o que determinava a conseqüente exclusão de significativa parcela da população.

²⁹¹ Vide a respeito em PIERANGELLI, José Henrique. *Processo penal* : evolução histórica e fontes legislativas, p. 161-165.

²⁹² CARVALHO, José Murilo de. *A formação das almas* : o imaginário da república do Brasil, p. 25.

Os governadores adquiriram muito poder político devido ao apoio dos coronéis, os quais faziam suas próprias leis orais exigindo seu cumprimento através da força, da coação, de favores e obrigações. Tal é seu poder que ele protege, socorre, auxilia materialmente, oculta à ação da Justiça seus apadrinhados, exigindo em troca a vida, fidelidade e obediência cegas, concentrando em suas mãos força política e militar. Com efeito, pode-se inferir que o coronelismo

...fora o poder real e efetivo, a despeito das normas constitucionais traçarem esquemas formais da organização nacional com teoria de divisão de poderes e tudo. A relação de forças dos coronéis elegia os governadores, os deputados e senadores. Os governadores impunham o Presidente da República. Nesse jogo, os deputados e senadores dependiam da liderança dos governadores. Tudo isso forma uma constituição material em desconsonância com o esquema normativo da Constituição então vigente e tão bem estruturada formalmente.²⁹³

Em síntese, durante a chamada República Velha, a classe dominante foi a dos grandes proprietários rurais (denominados coronéis), especialmente os cafeicultores, sendo seu poderio político e social proporcional ao grau de atraso da localidade onde imperava.

E, dentro desse contexto, a política republicana foi sendo desgastada, sofrendo críticas e protestos, culminando com levantes armados.²⁹⁴ Assim findou a República Velha com a revolução de 1930, tendo Getúlio Vargas sido alçado ao poder. Nesse novo quadro político, foi promulgada, em 16 de julho de 1934, a nova Constituição preparada por uma Assembléia Constituinte.

A nova Carta, fruto de uma Revolução, apresenta cunho eminentemente ditatorial, apesar da manutenção dos direitos individuais (art. 113) assegurados pela Carta anterior, cabendo destaque ao princípio da ampla defesa (n. 24) e, mesmo com sua esfera de aplicação restringida ao *habeas corpus* (n. 23), além da criação do Mandado de Segurança (n. 33) e da previsão de direitos sociais (arts. 115 a 143).

O caráter centralizador deste Documento Político pode ser percebido em várias passagens, tais como o fato da competência para legislar sobre matéria processual voltar a ser exclusiva da União (art. 5º, XIX, a), bem como em relação às

²⁹³ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 9. ed. rev. e ampl. de acordo com a nova constituição. São Paulo : Malheiros. 1994. p. 74.

²⁹⁴ Vide sobre o assunto IGLÉSIAS, Francisco. *Trajatória política do Brasil : 1500-1964*, p. 200-228.

disposições concernentes à Segurança Nacional (arts. 159 a 167), havendo inclusive previsão de suspensão das garantias constitucionais que de alguma forma pudessem prejudicar a segurança nacional durante o estado de guerra (art. 161). Tal dispositivo foi largamente aplicado como poderoso instrumento político de repressão ao movimento comunista. O autoritarismo presente foi consolidado pelo Congresso Nacional, que votava medidas repressivas sem perceber as manobras de Vargas, homem fascinado pelo poder e disposto a tudo para conservá-lo, inclusive através do uso da violência e do terror.²⁹⁵

Nessa esteira, em 10 de novembro de 1937 foi imposta ao país, por Vargas, nova Constituição que “...ficou conhecida como ‘polaca’, por semelhanças com a adotada pelos poloneses em 1926, pelo fascismo do general Pilsudski.”²⁹⁶ Trata-se, obviamente, de um instrumento repressor e autoritário, embora (falaciosamente) assegurasse direitos individuais e sociais. Conforme Rosah Russomano, este foi um período durante o qual “...a vida política do país sofreu uma subjugação total, em que, enfim os direitos individuais tornaram-se claudicantes, se é que não foram em verdade eclipsados.”²⁹⁷

Com a derrubada de Getúlio Vargas em 1945, é promulgada uma nova Constituição, em 18 de setembro de 1946. Este novo texto constitucional teve o mérito de devolver o país ao regime democrático, reafirmando os direitos individuais, os preceitos liberais e sociais das Constituições de 1934 e de 1891, além de haver negado “...o Estado Novo (de 1937 a 1945), mas não se livrou de muitas de suas construções antidemocráticas, mantendo a legislação trabalhista tuteladora, as medidas equívocas de segurança nacional.”²⁹⁸ Durante sua vigência ocorreu o golpe militar de 1964, que trouxe, no seu bojo, nova ditadura (agora eminentemente militar) com edição dos Atos Institucionais, consagrados como tentativas de legitimação do arbítrio, característico dos regimes de exceção.

²⁹⁵ Conforme IGLÉSIAS, Francisco. *Constituintes e constituições brasileiras*, p. 38-51.

²⁹⁶ IGLÉSIAS, Francisco. *Constituintes e constituições brasileiras*, p. 54.

²⁹⁷ RUSSOMANO, Rosah. *Lições de direito constitucional*, p. 366.

²⁹⁸ IGLÉSIAS, Francisco. *Constituintes e constituições brasileiras*, p. 63.

Ainda sob a égide do poder militar, surgem a Constituição de 24 de janeiro de 1967 e a Emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969, conservando os direitos assegurados pelas Cartas anteriores, apesar de descumpridos sistematicamente devido ao regime ditatorial imposto à Nação. Durante esse período, as leis nada significavam, porquanto os Atos Institucionais editados pelo executivo é que (des)legitimavam o regime, merecendo destaque o AI-5, de 13 de dezembro de 1968, através do qual foi decretado o recesso parlamentar, a intervenção nos Estados e Municípios, a suspensão dos direitos políticos por dez anos, a cassação dos mandatos eletivos, a suspensão da garantia constitucional do *habeas corpus* e das garantias legais da magistratura (vitaliciedade, inamovibilidade e estabilidade), não cabendo apreciação judicial de nenhum ato praticado de acordo com o referido Ato e seus Atos Complementares.²⁹⁹

O direito ao silêncio e o privilégio contra a auto-incriminação não constaram explicitamente dos textos constitucionais anteriores a 1988. Embora implicitamente estivessem assegurados, verifica-se, principalmente pelo conturbado contexto político apresentado, que sua *práxis* não passou de utopia. A história política e jurídica de nosso país demonstra que, não obstante as profundas modificações de governo e de regime estabelecidos, os mesmos grupos ou pessoas obstinadas pelo poder (os velhos

²⁹⁹ Conforme SILVEIRA, Paulo Fernando. *Devido processo legal* : due process of law, p. 28-29: "...não obstante constarem formalmente direitos e garantias individuais, por óbvio não foram respeitados. A força da Revolução, chamada de 'Redentora', logo mostraria seu lado mais negro e cruel. Através do Ato Institucional n. 5, de 13 de dezembro de 1968, foram suspensos os direitos políticos e as garantias constitucionais, retirando-se do Poder Judiciário a jurisdição para apreciação dos atos revolucionários. Nada mais precisa ser dito sobre a falta de respeito às liberdades civis nesse período, que alcançou seu auge no início da década de 70, quando os adversários do regime ditatorial simplesmente desapareciam nos porões da tortura administrada pela terrível polícia política (DOPS)." Vide também o depoimento de HENRIQUES, Élber de Mello. Eu vi a tortura. *Veja*, São Paulo, n. 44, p. 11-15, 3 de novembro de 1999, p. 11: "Fui designado pelo comando do então I Exército para fazer o IPM de alguns presos políticos que estavam no quartel da Polícia do Exército, no Rio de Janeiro. Assim que cheguei ao quartel pedi para ver o Flávio Tavares, que eu teria de interrogar. Levaram-me até a cela dele e o que vi me deixou chocado. Era um cubículo imundo, com um buraco no chão servindo de privada que exalava um cheiro horroroso. Flávio, de tão machucado pelas torturas, dormia profundamente num colchão de palha sem lençol colocado no chão da cela. Imaginei que aquele homem deveria estar muito debilitado para conseguir dormir naquela situação, com aquele forte cheiro de urina. (...) O governo Castello Branco reprimiu a tortura. Os governos Geisel e Figueiredo, também. Mas Costa e Silva e Médici, que foram os presidentes que usaram o AI-5 com toda a força, não agiram contra a tortura. Quem abriu a porta para a tortura foi o AI-5, porque deixou o indivíduo livre para agir."

atores) inviabilizaram o usufruto desse direito, por considerá-lo incompatível com sua ânsia de dominação.

CAPÍTULO 4 O ENFOQUE NA ATUAL CONSTITUIÇÃO FEDERAL

4.1 GENERALIDADES

O (r)estabelecimento de uma nova ordem constitucional a partir de 1988 trouxe inúmeras modificações, fruto da mobilização de toda a sociedade, que ansiava por liberdade, democracia e todos os seus corolários, de forma a sepultar definitivamente o regime de exceção inaugurado em 1964. Com efeito, a leitura das primeiras linhas do texto constitucional de 1988 já explicita toda a importância conferida principalmente aos direitos e garantias individuais, inclusive no que diz respeito à imutabilidade de suas cláusulas, assim como ao intrincado processo de modificação dos demais dispositivos constitucionais.

Dentro desse enfoque, a principal característica da atual Carta Magna para o desenvolvimento deste trabalho diz respeito à rigidez da Constituição. Isto porque, “...da rigidez emana, como primordial consequência, o *princípio da supremacia da constituição* (...). Significa que a constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do país (...), todas as normas que integram a ordenação jurídica nacional só serão válidas se se conformarem com as normas da Constituição Federal.”³⁰⁰

Para José Frederico Marques, a Constituição Federal

...contém em si os fundamentos institucionais e políticos de toda a legislação ordinária, mormente quando se coloca, com normatividade rígida, no ponto culminante da hierarquia das fontes do Direito, tal como sucede, entre nós, desde a promulgação da primeira das nossas Constituições republicanas.

Pela preeminência em que se situa na taxinomia das normas legais, a Constituição não só traça preceitos que funcionam como fontes formais de diversos domínios da regulamentação jurídica, como ainda se apresenta com os predicados de fonte material em que o legislador vai abeberar-se para construir regras e mandamentos destinados a disciplinar legalmente relações de vida e fatos sociais submetidos aos incoercíveis imperativos da ordem estatal.

(...) A hegemonia sem contrastes que é dada à Constituição Federal, no conjunto das fontes formais que revelam os cânones da ordem jurídica, não só submete o legislador ordinário a

³⁰⁰ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, p. 47.

um regime de estrita legalidade, como ainda subordina todo o sistema normativo a uma causalidade constitucional, que é condição de legitimidade de toda ou imperativo jurídico. A conformidade da lei com a Constituição é o lastro causal que a torna válida perante todos.³⁰¹

Assim, “...a superioridade normativa da constituição implica (...) o *princípio da conformidade* de todos os actos do poder político com as normas e princípios constitucionais...,”³⁰² de maneira que “...nenhuma norma de hierarquia inferior pode estar em contradição com outra de dignidade superior - *princípio da hierarquia* - e nenhuma norma infraconstitucional pode estar em desconformidade com as normas e princípios constitucionais, sob pena de inexistência, nulidade, anulabilidade ou ineficácia - *princípio da constitucionalidade*.”³⁰³

Desta forma, todo o ordenamento jurídico brasileiro deve estar em conformidade com o estatuído na atual Constituição, ou seja, todas as normas anteriores à sua entrada em vigor que estiverem divorciadas do texto constitucional são consideradas revogadas (ou conforme o entendimento doutrinário, não recepcionadas) e, portanto, não devem ser aplicadas. Já a legislação infraconstitucional posterior deve ser editada segundo os ditames da Lei Maior, sob pena de ser considerada inconstitucional.

Por outro lado, a rigidez constitucional denota a preocupação do constituinte com a estabilidade de certos conteúdos, tais como os direitos e garantias individuais, que pretende manter inalterados mesmo no caso de revisão da Carta Política, ou seja, “...o processo agravado de revisão é, por sua vez, um instrumento dessa garantia - a rigidez constitucional é um *limite absoluto* ao poder de revisão, assegurando, desta forma, a relativa estabilidade da constituição.”³⁰⁴

³⁰¹ MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*, v.1, p. 78-79.

³⁰² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*, 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 1075.

³⁰³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*, p. 1075.

³⁰⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*, p. 989. Vide também MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*, 2. ed. Coimbra : Coimbra Editora, 1998, t. IV: direitos fundamentais, p. 338-340.

Nossa atual Constituição procurou assegurar a inalterabilidade de certos conteúdos considerados prioritários pelos constituintes, estando entre eles os relativos aos direitos e garantias individuais e direitos da pessoa humana, através das cláusulas pétreas, contidas no § 4º do artigo 60 e no artigo 34, VII, b, ou seja, "...a Constituição de 1988 gravou esses direitos fundamentais com a *cláusula de imutabilidade* ou com a *garantia de eternidade*, permitindo, assim, que eventual emenda constitucional tendente a abolir determinado direito tenha a sua inconstitucionalidade declarada pelo Poder Judiciário."³⁰⁵

A relevância dada ao tema pode ser constatada com a leitura dos artigos 1º a 4º, que tratam *Dos Princípios Fundamentais* norteadores da Constituição da República Federativa do Brasil. Tais normas demonstram a expectativa dos constituintes em relação à Constituição, a esperança de ver renascer a democracia, a participação popular, enfim, a construção de uma sociedade ímpar, modelo de liberdade, respeito ao indivíduo e desenvolvimento, "...a chamada por Ulysses Guimarães de CONSTITUIÇÃO CIDADÃ."³⁰⁶

Pela prevalência que a atual Constituição deu aos direitos humanos e aos direitos e garantias individuais, nada mais natural o fato de que, pela primeira vez, o direito ao silêncio apareça consignado expressamente:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos seguintes termos: (...) LXIII - o

³⁰⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade* : estudos de direito constitucional. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo : Celso Bastos Editor-Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999. p. 36.

³⁰⁶ BIZZOTTO, Alexandre; RODRIGUES, Andreia de Brito. *Processo penal garantista* : visão constitucional e novas tendências. Goiânia : AB, 1998. p. 3.

*preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado. (grifei)*³⁰⁷

E essa mudança de paradigmas em relação às Constituições anteriores reside no fato de que no conceito de democracia, preconizado pelo ocidente, está insita a noção de que o governo é instituído em função do povo e de que o poder do Estado precisa ser limitado. Os representantes são eleitos pelo povo e usando a qualidade de mandatários, tomam as decisões necessárias para governar a nação. Entretanto, o povo, ao delegar poderes aos seus representantes, impõe limitações, tais como os direitos e garantias individuais e coletivas. Estes direitos e garantias são exercidos pelo indivíduo em oposição aos demais membros da sociedade e, também, contra o próprio Estado, limitando seu furor no trato com o povo.

Segundo Joaquim José Gomes Canotilho,

...os direitos fundamentais cumprem a função de **direitos de defesa** dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: (1) constituem, num plano jurídico-objectivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na

³⁰⁷ A amparar o direito ao silêncio, conforme determina o artigo 5º, § 2º, da CF, exurgem, com todo vigor, além desta disposição, os pactos e convenções internacionais, os quais foram ratificados pelo Brasil e que, de forma explícita ou através de princípios garantidores dos direitos humanos e do processo criminal, tratam do tema. Vide a esse respeito artigo XI – 1, da Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada e proclamada pela Resolução 217 A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948 e ratificada pelo Brasil na mesma data: “Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente, até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.” Artigo 14 – 3, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, adotado pela Resolução 2.200 – A (XXI) da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966, e ratificada por nosso país, em 24 de janeiro de 1992: “Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: [...] g) A não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada.” Artigo 8º, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), adotada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, em 22 de novembro de 1969, entrando em vigor internacionalmente em 18 de julho de 1978 e ratificada pelo Brasil em 25 de setembro de 1992, sendo determinado seu cumprimento no país por meio do Decreto Legislativo 678, de 06 de novembro de 1992: “[...] 2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade às seguintes garantias mínimas: [...] g) Direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada.” Artigo 15, da Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanas ou Degradantes, a qual foi adotada pela Resolução 39/46 da Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1984 e foi ratificada pelo Brasil, no dia 28 de setembro de 1989: “Cada Estado assegurará que nenhuma declaração que se demonstre ter sido prestada como resultado de tortura possa ser invocada como prova em qualquer processo, salvo contra uma pessoa acusada de tortura como prova de que a declaração foi prestada.”

esfera jurídica individual: (2) implicam, num plano jurídico-subjectivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa).³⁰⁸

Um outro aspecto relevante é que tais direitos e garantias individuais e coletivos destinam-se a proteger todos os brasileiros e estrangeiros residentes em nosso país. “Portanto, a proteção que é dada à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade é extensiva a todos aqueles que estejam sujeitos à ordem jurídica brasileira, ...”³⁰⁹ independente de credo, raça, cor, religião, ou nacionalidade.

A atual Constituição, na busca de instrumentos de proteção do indivíduo, também acatou a diferenciação entre direitos e garantias propugnada pelos doutrinadores. Desta forma, direito “...é a faculdade reconhecida, natural, ou legal, de praticar ou não praticar certos atos.”³¹⁰ Por outro lado, “...as garantias constitucionais (...) têm um alcance substancialmente subjectivo, pois conduzem-se ao direito de os cidadãos exigirem dos poderes públicos a protecção dos seus direitos e o reconhecimento e consagração dos meios processuais adequados a essa finalidade.”³¹¹

No direito pátrio esta distinção foi proposta por Rui Barbosa que separava as “...disposições meramente declaratórias, que são as que imprimem existência legal aos direitos reconhecidos, e as disposições assecuratórias, que são as que, em defesa dos direitos, limitam o poder. Aquelas instituem os direitos; estas, as garantias; ocorrendo

³⁰⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*, p. 373. Segundo MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade : estudos de direito constitucional*, p. 36-37: “Os direitos fundamentais são, a um só tempo, direitos subjectivos e elementos fundamentais da ordem constitucional objectiva. Enquanto direitos subjectivos, os direitos fundamentais outorgam aos titulares a possibilidade de impor os seus interesses em face dos órgãos obrigados. Na sua dimensão como elemento fundamental da ordem constitucional objectiva, os direitos fundamentais - tanto aqueles que não asseguram, primariamente, um direito subjectivo, quanto aqueles concebidos como garantias individuais - formam a base do ordenamento jurídico de um Estado de Direito Democrático. (...) Na sua concepção tradicional, os direitos fundamentais são direitos de defesa (Abwehrrechte), destinados a proteger determinadas posições subjectivas contra a intervenção do Poder Público, seja pelo (a) não impedimento da prática de determinado ato, seja pela (b) não-intervenção em situações subjectivas ou pela não eliminação de posições jurídicas.”

³⁰⁹ BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à constituição do Brasil : promulgada em 5 de outubro de 1988*. São Paulo : Saraiva, 1989. v.2. p. 4.

³¹⁰ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo : Malheiros, 1997. p. 484.

³¹¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*, p. 782.

não raro juntar-se, na mesma disposição constitucional, ou legal, a fixação da garantia com a declaração do direito.”³¹²

Assim é que o inciso LXIII do art. 5º da atual Constituição Federal, ao tratar do direito ao silêncio, do privilégio contra a auto-incriminação, ou seja, do direito de que dispõe toda pessoa em não ser convertida em meio ativo de prova contra si mesma, o faz de forma explícita, não exigindo a utilização de regras de interpretação para seu entendimento.³¹³

Quanto à questão da aplicabilidade das normas constitucionais, mais especificamente do direito ao silêncio, verifica-se que a própria Constituição Federal procurou solucionar tal problema, uma vez que no § 1º do artigo 5º, trouxe o seguinte enunciado: “*As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.*”

Isto porque na ânsia de ver tais direitos utilizados, os constituintes procuraram salvaguardar os indivíduos de prolongados debates e processos de aprovação de leis complementadoras, que são necessários para a efetivação de vários dispositivos constitucionais, ou seja, os direitos e garantias individuais, em regra, têm característica de preceito auto-aplicável, não sendo meramente proclamatórias (ou dependentes de regulamentação).

Segundo José Afonso da Silva, o § 1º do artigo 5º apresenta, em relação às normas constitucionais referentes aos direitos e garantias individuais, dois aspectos: “Em primeiro lugar, significa que elas são aplicáveis até onde possam, até onde as instituições ofereçam condições para seu atendimento. Em segundo lugar, significa que o Poder Judiciário, sendo invocado a propósito de uma situação concreta nelas garantida, não pode deixar de aplicá-las, conferindo ao interessado o direito reclamado, segundo as instituições existentes.”³¹⁴

³¹² MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*, 2. ed. atual. São Paulo : Atlas, 1997. p. 49.

³¹³ Vide a respeito FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 17. ed. rev. e atual. São Paulo : Saraiva. 1989. p. 254-255.

³¹⁴ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3. ed. 3. tir. São Paulo : Malheiros, 1999. p. 165.

O direito ao silêncio está, pois, inserido dentro desse contexto, uma vez que traz um preceito de aplicabilidade imediata. E mais, trata-se também de norma constitucional cuja eficácia é plena, porquanto perfeitamente consentânea com a caracterização de tal tipo de eficácia, a qual é traduzida por normas que:

...contenham vedações ou proibições; b) confirmam isenções, imunidades e prerrogativas; c) não designem órgãos ou autoridades especiais a que incumbam especificamente sua execução; d) não indiquem processos especiais de execução; e) não exijam a elaboração de novas normas legislativas que lhes completem o alcance e o sentido, ou lhes fixem o conteúdo, porque já se apresentam suficientemente explícitas na definição dos interesses nelas regulados (...) As normas de eficácia plena incidem diretamente sobre os interesses a que o constituinte quis dar expressão normativa. São de *aplicabilidade imediata*, porque dotadas de todos os meios e elementos necessários à sua executoriedade. No dizer clássico, são auto-aplicáveis. As condições gerais para essa aplicabilidade são a existência apenas do aparato jurisdicional, o que significa: aplicam-se só pelo fato de serem normas jurídicas, que pressupõem, no caso, a existência do Estado e de seus órgãos.³¹⁵

Sobre o tema convém ainda ressaltar:

As normas constitucionais de eficácia plena regulam diretamente situações, comportamentos e interesses. Impõem, por si, uma ação ou omissão. Sendo de aplicabilidade imediata, oferecem todos os elementos necessários à realização ou vedação dos interesses e situações nelas previstos. Geram, quase sempre, direitos subjetivos para os indivíduos ou entidades a que conferem uma situação subjetiva de vantagem.³¹⁶

Assim, para o exercício do direito ao silêncio não há necessidade de nenhum requisito, de nenhuma prestação por parte do Estado, bastando que o indivíduo seja informado dos seus direitos no momento de sua prisão (ou antes de prestar qualquer depoimento), entre os quais (especificamente) sobre o direito de permanecer calado.

Saliente-se, também, que a normatização dos direitos e garantias individuais foi dirigida a todos os órgãos componentes do Estado e das três esferas de poder: Executivo, Legislativo e Judiciário, ou seja,

...a vinculação é extensiva a *todos os poderes públicos* e não apenas aos poderes estaduais, abrangendo as pessoas colectivas de direito público, a administração directa e indirecta e a administração autónoma. Tomando-se em conta todas estas dimensões, pode afirmar-se que as entidades públicas *estão sob reserva de direitos, liberdades e garantias*. As *formas* de

³¹⁵ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*, p. 101-102.

³¹⁶ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*, p. 171. Na mesma obra, o autor refere que, muito embora a maioria das normas que estabelecem direitos e garantias fundamentais estejam entre aquelas de eficácia contida (p. 105), existem, é claro, exceções (normas de eficácia plena) contidas no art. 5º da Constituição Federal de 1988 (p. 189-190).

actuação dessas entidades podem ser extremamente diversas: desde os actos normativos típicos (leis, regulamentos) às várias medidas administrativas ou decisões judiciais, passando pelas próprias intervenções fácticas, nenhum acto das entidades públicas é 'livre' dos direitos fundamentais.³¹⁷

E devido às complexidades das relações sociais e económicas, já existe hoje o entendimento de que, até mesmo as entidades privadas, estão sujeitas à observância dos direitos e garantias individuais.³¹⁸

Vale ressaltar que todos os direitos e garantias individuais esposados pela Carta de 1988 compõem um conjunto harmônico de proteção da pessoa humana, buscando a defesa dos seus bens jurídicos mais valiosos (vida, liberdade, intimidade, etc.). É dizer, os princípios, direitos e garantias ali expostos se interligam e se entrelaçam, formando um todo uníssono ou um aparato (pelo menos em teoria) na busca dos mesmos objetivos.

4.2 O DIREITO AO SILÊNCIO E OS PRINCÍPIOS CORRELATOS

4.2.1 O Devido Processo Legal, a Ampla Defesa e o Contraditório

O direito processual penal caminha na busca de uma verdade processualmente compatível para que possa aplicar a pena dosificada para cada caso. Assim, quando o indivíduo pratica um fato considerado criminoso pela nossa legislação penal, ou quando um fato criminoso vem à tona, o Estado coloca todo seu aparato na busca dos meios de prova para, na sentença, "...fazer o acerto do caso penal..."³¹⁹, a qual será executada.

³¹⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*, p. 413. No mesmo sentido vide ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. Coimbra : Almedina, 1987. p. 264-270 e BUENO FILHO, Edgard Silveira. *O direito à defesa na constituição*. São Paulo : Saraiva, 1994. p.13-15.

³¹⁸ Nesse sentido ver CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*, p. 421-422, 1175-1213. Vide ainda ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*, p. 270-300 e MIRANDA Jorge. *Manual de direito constitucional*, p. 284-290.

³¹⁹ Sobre o conceito de caso penal, como conteúdo e expressão mais consentânea a definir o fenômeno que ocorre no processo penal, vide COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *A lide e o conteúdo do processo penal*. Curitiba : Juruá, 1998. p. 137-145.

Nesse contexto, difícil se revela o limite da razoabilidade do *jus puniendi* estatal, principalmente quando estamos dentro de um Estado de direito que se quer democrático. E isto porque na persecução penal, não raras vezes, os métodos e meios utilizados para a obtenção dos fins (a solução do caso penal) podem colidir, frontalmente, com os inarredáveis direitos e garantias individuais, os quais, dependendo do poder governamental instalado, serão preservados em maior ou menor grau de intensidade. Trata-se, por certo, para além de uma simples opção legislativa, eis que envolve questões outras de definição do próprio Estado que se quer estabelecer.

Dito isso, verifica-se no Brasil, após 1988, a prevalência e importância assegurada pela Constituição Federal a tais direitos e garantias fundamentais, estando incluídos aí os referentes ao processo penal e que devem ser observados quando da persecução penal, eis que alçados ao rol de normas constitucionais, com toda a primazia que isto significa.

Entre as normas constitucionais de cunho processual, asseguradoras do direito de defesa, encontra-se o princípio do devido processo legal, consubstanciado no artigo 5º, LIV, da Constituição Federal: “Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.” Trata-se de uma inovação no atual texto constitucional brasileiro, onde pela primeira vez aparece de forma explícita.

Este princípio foi evidenciado a partir da Magna Charta Libertatum, de 1215, no seu artigo 39.³²⁰ No entanto, ao contrário do que se poderia pensar, a expressão *due process of law* não surgiu com a Magna Carta, mas passou a ser utilizada apenas em 1354 com o Estatuto das Liberdades de Londres. Até aquele momento a expressão empregada era *law of the land*, referindo-se às normas que compunham as leis da terra ou do direito costumeiro, as quais deveriam ser empregadas nos casos em que se

³²⁰ SILVEIRA, Paulo Fernando. *Devido processo legal (due process of law)*, p. 18: “Nenhum homem livre será detido ou sujeito a prisão, ou privado dos seus direitos ou de seus bens, ou declarado fora da lei, ou exilado, ou reduzido em seu *status* de qualquer forma, nem procederemos nem mandaremos proceder contra ele senão mediante um julgamento legal pelos pares ou pelo costume da terra.”

pretendesse cercear os direitos dos homens livres (barões e proprietários de terra) correspondentes à vida, liberdade, e propriedade.³²¹

Portanto, "...em sua gênese, o devido processo legal confundiu-se com a própria common law. O conceito depois evoluiu como modo de contenção do chefe de governo, visando evitar o cometimento de arbitrariedades, como retirar do membro da comunidade seu direito à vida, liberdade ou propriedade. Com o tempo, alcançou os departamentos subalternos do governo",³²² delimitando os contornos de sua conceituação atual.

Ao longo da história foi reinterpretado várias vezes, sendo considerado um tributo à liberdade, tendo sido levado para as colônias americanas pelos peregrinos ingleses. Já em 1791, foi introduzido na Constituição dos Estados Unidos da América pelas Emendas V e XIV, reinando soberano como princípio basilar até os dias atuais. À sua adoção pelo sistema jurídico norte-americano atribui-se a fama e evolução alcançada pelo instituto, porquanto naquele país ocorreu a delimitação de seu conceito e abrangência.³²³ Na atualidade é dogma nas constituições dos diversos países que se assentam sobre as bases de uma sociedade democrática, podendo ser citados a Venezuela e a Grã-Bretanha.

Canotilho define o instituto da seguinte forma:

...**processo devido em direito** significa a obrigatoriedade da observância de um tipo de processo legalmente previsto antes de alguém ser privado da vida, da liberdade e da propriedade. Nestes termos, o processo devido é o processo previsto na lei para a aplicação de penas privativas da vida, da liberdade e da propriedade. Dito ainda por outras palavras: due process equivale ao processo justo definido por lei para se dizer o direito no momento jurisdicional de aplicação de sanções criminais particularmente graves.³²⁴

Assim, justificadamente, a civilização contemporânea empresta grande importância ao processo como um direito do homem na defesa de seus interesses. Desta forma, o princípio do devido processo legal tem sua significação ampliada e valorizada, na medida em que além de um direito, se constitui em uma garantia contra

³²¹ SILVEIRA, Paulo Fernando. *Devido processo legal (due process of law)*, p. 19.

³²² Conforme SILVEIRA, Paulo Fernando. *Devido processo legal (due process of law)*, p. 63.

³²³ Vide a respeito da evolução do devido processo procedimental e do substantivo no direito americano, SILVEIRA, Paulo Fernando. *Devido processo legal (due process of law)*, p. 79-171.

³²⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*, p. 461.

a má elaboração de leis que possam vir a causar prejuízos aos direitos subjetivos do indivíduo, impedindo uma visível inversão de valores, ou seja,

o *due process of law* pressupõe que o processo legalmente previsto para aplicação de penas seja ele próprio um `processo devido` obedecendo aos trâmites procedimentais formalmente estabelecidos na constituição ou plasmados em regras regimentais das assembleias legislativas. Procedimentos justos e adequados moldam a actividade legiferante. Dizer o direito segundo um processo justo pressupõe que justo seja o procedimento de criação legal dos mesmos processos.³²⁵

Sob essa perspectiva, o *due process of law* pressupõe inicialmente, além da legalidade, que o processo seja o reflexo do justo, ou seja, não basta apenas que determinado procedimento de apuração de um delito siga um modelo legal prévio, mas também que tal modelo reflita uma forma coerente e válida de persecução penal, justa por assim dizer.

A amplitude é, pois, uma característica essencial do princípio, uma vez que sua área de atuação guarda pertinência com o Estado de Direito. A vigência do processo justo trouxe a possibilidade de resguardar a lei contra o arbítrio do Estado, assegurando ao acusado as mais amplas garantias processuais penais, permitindo a anulação de atos praticados em desconformidade com a lei, ou que tragam qualquer prejuízo ao réu, bem como à sua defesa.³²⁶

Assim, o devido processo legal consagra duas formas de resguardar o cidadão, “...atuando tanto no âmbito material de proteção ao direito de liberdade, quanto no âmbito formal, ao assegurar-lhe paridade total de condições com o Estado-persecutor e plenitude de defesa (direito à defesa técnica, à publicidade do processo, à citação, de produção ampla de provas, de ser processado e julgado pelo juiz competente, aos recursos, à decisão imutável, à revisão criminal).”³²⁷

³²⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*., p. 461.

³²⁶ O termo defesa é empregado aqui em sentido estrito, conforme definição propugnada por TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*, v.2, p. 393-394: “Defesa, em sentido amplo, é toda atividade das partes no sentido de fazer valer, no Processo penal, seus direitos e interesses, não só quanto à atuação da pretensão punitiva, como também para impedi-la, conforme sua posição processual. Dentro desse conceito, tanto há defesa na atuação do titular da ação penal, como na oposição do imputado à pretensão do *dominus litis*. (...) Em sentido estrito, defesa é aquela atividade das partes acusadas, de oposição à atuação da pretensão punitiva.”

³²⁷ MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*, p 100.

Segundo Silveira, citando Marian Faux, é o chamado devido processo procedimental que

...refere-se à maneira pela qual a lei, o regulamento, o ato administrativo, ou a ordem judicial são executados. Verifica-se, apenas, se o procedimento empregado por aqueles que estão incumbidos da aplicação da lei ou regulamento viola o devido processo legal, sem cogitar da substância do ato. Em outras palavras, refere-se a um conjunto de procedimentos (como informar alguém do crime de que está sendo acusado, ou seu direito de consultar advogado), que devem ser aplicados sempre que de alguém for retirada alguma liberdade básica.³²⁸

Por outro lado, ainda citando Marian Faux, o mesmo autor esclarece que

...o substantivo devido processo legal refere-se ao conteúdo ou à matéria tratada na lei ou no ato administrativo, ou seja, se a sua substância está de acordo com o devido processo, como cláusula constitucional garantidora das liberdades civis. Envolve desse modo, aspectos mais amplos da liberdade, como o direito à privacidade ou a uma educação igualitária. O governo tem que demonstrar uma razão imperativa antes de infringir tais liberdades.³²⁹

Outrossim, por ter larga aplicabilidade nas defesas criminais, uma vez que exige a presença de vasta gama de direitos individuais constitucionalmente assegurados e aplicáveis ao processo criminal, é no devido processo procedimental que está inserido o direito ao silêncio.³³⁰ Para que ao indivíduo seja assegurado um processo justo, é necessário propiciar a ele ou seu advogado condições para decidir pela melhor atitude: se calar ou prestar o depoimento.

Decorrência natural da amplitude e alcance do princípio, sendo portanto sua extensão, é que surgem uma série de outros direitos e garantias entre os quais o da ampla defesa e do contraditório, estando todos eles consignados nas diversas Cartas e Pactos internacionais. Assim, no artigo XI, nº 1, da Declaração Universal dos Direitos do Homem está consignado : “*Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente, até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo*

³²⁸ SILVEIRA, Paulo Fernando. *Devido processo legal (due process of law)*, p. 65.

³²⁹ SILVEIRA, Paulo Fernando. *Devido processo legal (due process of law)*, p. 67.

³³⁰ Nesse sentido ver SILVEIRA, Paulo Fernando. *Devido processo legal (due process of law)*, p. 80; vide ainda TOVO, Paulo Cláudio; TOVO, João Batista. *Primeiras linhas sobre o processo penal em face da nova constituição*. Porto Alegre : Sérgio Antonio Fabris Editor, 1989, p. 21; PRADO, Geraldo. *O direito ao silêncio*. Jurispoiesis. *Revista dos Cursos de Direito da Universidade Estácio de Sá*, Rio de Janeiro, n. 1, p. 159-186, mar./jul. 1999.

com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.”

Já o artigo 8º do Pacto de São José da Costa Rica estabelece que

Garantias judiciais. 1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer natureza. 2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: a) Direito do acusado de ser assistido gratuitamente por um tradutor ou intérprete, caso não compreenda ou não fale a língua do juiz ou tribunal; b) Comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada; c) Concessão ao acusado do tempo e dos meios necessários à preparação de sua defesa; d) Direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor; e) Direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio, nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei; f) Direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no Tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos; g) Direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada; e h) Direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior.

Em consonância e harmonia com tais pactos é que a Constituição Federal, no seu Art. 5º, LV, postulou que: “*Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes*”, o fez como complemento do devido processo legal. Afinal, é impossível pensar em processo justo sem que seja assegurado ao réu a ampla defesa e o contraditório,³³¹ sendo este por seu turno, “...típico de um processo de partes, no qual o julgador mantém-se equidistante delas no exercício da atividade jurisdicional (conforme determina o princípio da imparcialidade), embora,

³³¹ A respeito vide Silva, Marco Antonio Marques da. *A vinculação do juiz no processo penal*. São Paulo : Saraiva, 1993. p. 35 e seguintes; NUCCI, Guilherme de Souza. *O valor da confissão como meio de prova no processo penal*, p. 29.

presentando o Estado na relação processual, é o detentor do poder e, por conta disto, funciona como *órgão mediador*, através do qual passam os pleitos.”³³²

Verifica-se, assim, que o legislador de 1988, ao optar pela forma direta e explícita de afirmação do direito do acusado ao contraditório e à ampla defesa, o fez de forma diversa das Cartas anteriores. Isso porque tais garantias já faziam parte do processo criminal desde a Constituição de 1824, mas de maneira restrita e implícita. Conforme Celso Ribeiro Bastos, a partir da Constituição de 1824 (art. 179, ns.11 e 17) foi estabelecido que

...“Ninguém poderá ser preso sem culpa formada, exceto nos casos declarados na lei...”.

A Constituição de 1891 introduziu a expressão “nota de culpa”.

A Constituição de 1934 fala tão-somente em ampla defesa.

A Constituição de 1937, além de aludir novamente à culpa formada, exige que a instrução criminal seja contraditória.

A Constituição de 1946 insiste na necessidade da nota de culpa, mantida sempre a instrução penal contraditória.³³³

Paulatinamente, entretanto, essas garantias do processo criminal foram ampliadas para todos os processos e hoje observa-se que o texto constitucional refere-se aos *litigantes* e aos *acusados em geral*, sendo que com esta expressão trata “...do indiciado, do acusado e do condenado”³³⁴, numa clara demonstração de que pretende abranger qualquer pessoa que se encontre sofrendo um constrangimento e não apenas em situação de custódia.

De outra banda, nota-se que o direito irrestrito de defesa possibilitou também uma certa igualdade processual entre as partes, já que esta igualdade é relativa, pois precisa ser medida em cada caso concreto para constituir-se em benefício às partes.

³³² COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*. Curitiba, n. 30, p. 163-198, 1998, p. 187.

³³³ BASTOS, Celso Ribeiro, MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil* : promulgada em 5 de outubro de 1988, p. 266.

³³⁴ TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. São Paulo : Saraiva, 1993, p. 203. Vide também no mesmo sentido BARROS, Antônio Milton de. A defesa do acusado e sua intervenção no interrogatório judicial. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 14, p. 131-140, abr./jun. 1996, p. 136-137. No sentido de que o contraditório e a ampla defesa não são aplicáveis ao inquérito policial vide BASTOS, Celso Ribeiro, MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil* : promulgada em 5 de outubro de 1988, p. 269.

Conforme assevera Canotilho, “...existe observância da igualdade quando indivíduos ou situações iguais não são arbitrariamente (proibição do arbítrio) tratados como desiguais. Por outras palavras: o princípio da igualdade é violado quando a desigualdade de tratamento surge arbitrária...”,³³⁵ afinal, existem características peculiares à acusação e à defesa que precisam ser respeitadas, sob pena de se praticar o cerceamento de algum direito e o conseqüente desequilíbrio das partes. Assim, existem situações e momentos processuais onde, para se aplicar o princípio da isonomia, é necessário agir desigualmente.

Isso ocorre porque

...o conteúdo da defesa consiste em o réu ter iguais possibilidades às conferidas ao autor para repelir o que é contra ele associado (...) Uma mesma faculdade conferida a um e a outro poderia redundar em extrema injustiça. A própria posição específica de cada um já lhes confere vantagens e ônus processuais (...) A ampla defesa visa pois a restaurar um princípio de igualdade entre partes que são essencialmente diferentes.³³⁶

Assim, o princípio da igualdade tem por escopo proporcionar às partes as oportunidades necessárias para, no caso do acusado, fazer sua defesa de acordo com suas peculiaridades, bem como dar à parte ex adversa a oportunidade de apresentar sua versão dos fatos, oferecer suas provas, enfim praticar todos os atos essenciais para formar o convencimento do juiz, o que por seu turno caracteriza o devido processo legal, o processo constitucionalmente justo.

Outrossim,

...por ampla defesa, entende-se o asseguramento que é dado ao réu de condições que lhe possibilitem trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade ou mesmo de omitir-se ou calar-se, se entender necessário, enquanto o contraditório é a própria exteriorização da ampla defesa, impondo a condução dialética do processo (par conditio), pois a todo ato produzido pela acusação, caberá igual direito de defesa de opor-se-lhe ou dar-lhe a versão que melhor lhe apresente, ou, ainda, de fornecer uma interpretação jurídica diversa daquela feita pelo autor.³³⁷

³³⁵ CANOTILHO José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*, p. 401. A respeito vide também MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio de igualdade*, 3. ed. 6. tir. São Paulo : Malheiros, 1999.

³³⁶ BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil* : promulgada em 5 de outubro de 1988, p. 267.

³³⁷ MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais* : teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência, p. 254.

Assim, para a efetivação da ampla defesa é necessária a verificação da melhor maneira de atuar em cada situação específica, procurando a forma mais benéfica para que ao indivíduo seja assegurada a plenitude de defesa e nesse contexto a opção pelo silêncio pode constituir-se na única maneira de consubstanciar esse direito. Afinal, quando a Carta Constitucional assegurou *a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes* e no inciso LXIII do mesmo artigo ofereceu a opção pelo silêncio, deixou claro a possibilidade irrestrita de sua utilização.

Por seu turno,

...o direito ao silêncio conecta-se à regra do contraditório real e efetivo, na medida em que, para o pleno exercício daquele, não é suficiente a ciência formal da acusação, mas a perfeita compreensão do imputado dos termos e da extensão e conseqüências da incriminação. Somente tendo a consciência perfeita do que lhe está sendo imputado poderá o interrogado saber se lhe é conveniente falar ou calar, produzir ou não determinada prova ou, ainda, praticar ou não atos lesivos à sua defesa.³³⁸

Portanto, para a validade do processo criminal, nenhum acusado poderá prescindir da defesa técnica de um advogado (art. 261 a 263 do CPP), exceto se ele próprio for habilitado para tal. Também deverá ser citado para defender-se da acusação, ser notificado para todos os atos do processo a que deva estar presente, ser intimado das decisões, apresentar provas, fazer reperguntas às testemunhas, se for necessitado deverá usufruir da assistência jurídica integral prestada pelo Estado (art. 5º, LXXIV da CF), optar por depor ou calar-se, enfim, poderá praticar todos os atos necessários para ter assegurado o contraditório e a ampla defesa, os quais caracterizam o devido processo legal que deve prevalecer num Estado de Direito.

4.2.2. A Presunção de Inocência

O princípio da presunção de inocência constitui-se em uma garantia processual penal da liberdade individual, na medida em que está inserido “...ora como

³³⁸ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; MORAES, Maurício Zanoide. Direito ao silêncio no interrogatório. p. 138. No mesmo sentido vide BUENO FILHO, Edgard Silveira. *O direito à defesa na constituição*, p. 48 e SILVA, Marco Antonio Marques da. *A vinculação do juiz no processo penal*. p. 13.

fundamento da pena e do próprio *jus puniendi*, ora como limite da intervenção punitiva do Estado.³³⁹

Surgiu pela primeira vez no artigo 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789,³⁴⁰ tendo sido posteriormente inserido em diversas legislações, tais como no artigo XI, nº 1, da Declaração Universal dos Direitos Humanos, na Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), no seu artigo 8º, nº 2 e, entre nós, tal princípio foi previsto no texto constitucional, em 1988.³⁴¹

Cerca o tema discussão doutrinária relativa ao âmbito de eficácia do princípio e mesmo da nomenclatura. Alguns autores preferem defini-lo como *princípio do estado de inocência ou de não culpabilidade*, referindo-se à situação do acusado durante o trâmite do processo, ou seja, apenas coibindo o Estado de tomar providências que o igualem ao já condenado. O fundamento para tal alegação, hoje, é a redação que o próprio constituinte adotou, uma vez que não utilizou a expressão *presunção*.³⁴²

Porém, a grande maioria dos autores prefere definir o princípio exposto no art. 5º, LVII, como sendo o da *presunção de inocência*, entendendo que a intenção do legislador foi o de dar a maior amplitude possível ao princípio, inclusive porque o Brasil, ao ratificar pactos e convenções internacionais que utilizam expressões diferentes do texto constitucional, conferiu-lhe total abrangência, cabendo ainda, para

³³⁹ PALAZZO, Francesco C. *Valores constitucionais e direito penal* : um estudo comparado. Tradução: Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre : Sérgio Antonio Fabris Editor, 1989. p. 52.

³⁴⁰ Nesse sentido vide MACHADO, Luiz Alberto. A presunção constitucional de inocência. *Revista da Faculdade de Direito*, Curitiba, v. 27, n. 27, p. 37-48, 1992/93, p. 37.

³⁴¹ Vide "art. 5º, LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória."

³⁴² Vide a respeito desta forma de nomear o princípio: BIZZOTO, Alexandre; RODRIGUES, Andreia de Brito. *Processo Penal Garantista* : visão constitucional e novas tendências, p. 29: "Princípio da não culpabilidade." Já PALAZZO, Francesco C. *Valores constitucionais e direito penal* : um estudo comparado, p. 52, o nomeia como: "O princípio de culpabilidade."

além do significado acima, a imposição de restrições quanto à colheita da prova, não sendo, portanto, relevantes as discussões a esse respeito.³⁴³

Nicola Framarino dei Malatesta, referindo-se ao princípio ontológico regulador da obrigação da prova (o ordinário, fundamentado na experiência comum), demonstra que o homem é normalmente inocente uma vez que a maioria não delinqüe, permitindo assim sua presunção. Por outro lado, o extraordinário é o homem delinqüente, cabendo sua comprovação pelo órgão acusador, uma vez que se encontra em antítese com o ordinário. Decorre dessa assertiva que a inocência se presume e daí a denominação de *presunção de inocência*, a qual consideramos mais consentânea com a realidade vigente.³⁴⁴

Tratando-se o referido princípio de *presunção juris tantum*, forçoso se afirmar que todo indivíduo deve ser considerado e tratado como inocente durante a fase de investigação criminal e enquanto perdurar o processo criminal. Somente após o trânsito em julgado da sentença condenatória poderá passar a ser tratado com o *status* de culpado pelo fato criminoso a ele imputado.

Disso deflui que toda a prova deve ser colhida observando-se o devido processo legal, a ampla defesa, o contraditório e respeitando-se ainda o direito à intimidade. Assim, a atividade legislativa, a interpretação dada às normas em vigor, a colheita da prova, a exposição do acusado através dos meios de comunicação e todo o trâmite do processo criminal devem ter em conta tais postulados (de presunção de inocência). Isto porque a Constituição trata o acusado como inocente e somente

³⁴³ Nesse sentido BASTOS, Celso Ribeiro. MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil* : promulgada em 5 de outubro de 1988, p. 277; MÉDICI, Sérgio de Oliveira. Interrogatório do réu e direito ao silêncio. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 694, p. 303–309, ago. 1993, p. 307; GOMES FILHO. O princípio da presunção de inocência na Constituição de 1988 e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 42, p. 30–34, abr. 1994, p. 30; SILVA, Marco Antonio Marques. *A vinculação do juiz no processo penal*, p. 13; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; MORAES, Maurício Zanoide. Direito ao silêncio no interrogatório, p. 139; AZEVEDO, David Teixeira de. O interrogatório do réu e o direito ao silêncio. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 285–295, ago. 1992, p. 289; BARBIERO, Lourival Geraldo. O direito constitucional do réu ao silêncio e suas conseqüências, p. 222; MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais* : teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência, p. 265; TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*, p. 401.

³⁴⁴ Conforme MALATESTA, Nicola Framarino dei. *A lógica das provas em matéria criminal*. Tradução de: Waleska Giroto Silverberg. São Paulo : Conan, 1995, v.1, p. 141-143.

respeitados seus direitos e garantias individuais poderá ser relevante e eficaz a prova que derrube tal presunção constitucional, restando comprovada, desta maneira, sua culpa.

Decorre também da presunção de inocência a alteração do que seja o objeto da prova, ou seja, o processo penal “...deve visar à verificação da existência dos fatos imputados, e não à investigação sobre as desculpas do acusado, como muitas vezes sucede; muito menos deve servir à mera ratificação de elementos colhidos na fase do inquérito policial, pois é a imputação - e não a idoneidade dos dados que lhe serviram de base - que deve ser demonstrada.”³⁴⁵

Da presunção de inocência verifica-se, também, que o ônus da prova fica inteiramente sob a responsabilidade da acusação, porquanto o acusado está desobrigado de colaborar, de qualquer forma, na verificação dos fatos que lhe são imputados, não se exigindo nem mesmo que comprove sua inocência, uma vez que esta já é presumida pela Constituição.³⁴⁶

Dentro desse contexto é que o direito ao silêncio

...representa exigência inafastável do processo penal informado pela presunção de inocência, pois admitir-se o contrário equivaleria a transformar o acusado em objeto da investigação, quando sua participação só pode ser entendida na perspectiva da defesa, como sujeito processual. Diante disso, evidente que o seu silêncio jamais pode ser interpretado desfavoravelmente, como ainda prevêm certas disposições de lei ordinária (artigos 186 e 198 do CPP).³⁴⁷

O princípio da presunção de inocência não visou impossibilitar a persecução penal, mas, antes, ser mais um elemento “*humanístico-garantidor*”³⁴⁸ do indivíduo no

³⁴⁵ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. O princípio da presunção de inocência na Constituição de 1988 e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), p. 31.

³⁴⁶ Conforme JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*. 6. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro : Forense, 1997, p. 221.

³⁴⁷ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. O princípio da presunção de inocência na Constituição de 1988 e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), p. 32. No mesmo sentido ver também: AZEVEDO, David Teixeira de. *O interrogatório do réu e o direito ao silêncio*, p. 289; MÉDICI, Sérgio de Oliveira. Interrogatório do réu e direito ao silêncio, p. 307; SILVA, Marco Antonio Marques da. *A vinculação do juiz no processo penal*, p. 13; MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; MORAES, Mauricio Zanoide. Direito ao silêncio no interrogatório, p. 138-139.

³⁴⁸ PALAZZO, Francesco C. *Valores constitucionais e direito penal* : um estudo comparado, p. 55.

sentido de que a este seja dispensado tratamento digno durante todo o trâmite processual penal, afinal, “...como tem sido ressaltado em importantes estudos sociológicos, o processo penal é sobretudo um cerimonial de degradação do *status* social do indivíduo submetido à persecução. E os sistemas jurídicos freqüentemente se utilizam da humilhação do acusado como uma sanção pouco custosa e, ao mesmo tempo, de grande força nos mecanismos simbólicos de repressão.”³⁴⁹

Conseqüentemente, o princípio da presunção possibilita-nos concluir que:

...a) a restrição à liberdade do acusado antes da sentença definitiva só deve ser admitida a título de medida cautelar, de necessidade ou conveniência, segundo estabelecer a lei processual; b) o réu não tem o dever de provar sua inocência: cabe ao acusador comprovar a sua culpa; c) para condenar o acusado, o juiz deve ter a convicção de que é ele responsável pelo delito, bastando, para a absolvição, a dúvida a respeito da sua culpa (*in dubio pro reo*).³⁵⁰

E mais, pois a introdução do princípio no texto constitucional gerou a proibição da inscrição do nome do réu no rol dos culpados, antes que a sentença condenatória transite em julgado, e também no caso de prolação de decisão de pronúncia, estando, portanto, revogados os artigos 393, inciso II e 408, § 1º, do CPP.³⁵¹

4.2.3 O Direito à Intimidade

O Estado moderno, como se sabe, concretizou-se sem que os indivíduos lhe transferissem irrestritamente o direito à liberdade que, por ele, deve ser assegurado. Isso vai aparecer dentre outros espaços, naquele em que o ser humano, embora vivendo em sociedade, sente necessidade de manter uma esfera de sua vida reservada. Sempre há momentos em que prefere isolar-se, manter-se afastado dos demais

³⁴⁹ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. O princípio da presunção de inocência na Constituição de 1988 e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), p. 32.

³⁵⁰ MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo : Atlas, 1997. p. 43.

³⁵¹ Conforme MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*, p. 43-44. Vide, também RT. 702/424: “... O lançamento do nome do acusado no rol dos culpados viola o princípio constitucional que, proclamado pelo art. 5º, inciso LVII, da Carta Política, consagra, em nosso sistema jurídico, a presunção *‘juris tantum’* de não-culpabilidade daqueles que figurem como réus nos processos penais condenatórios...”

membros da sociedade, muitas vezes até mesmo de seus familiares e amigos íntimos, resguardando aspectos de sua vida particular e mantendo-os desconhecidos das demais pessoas, apenas transmitindo-os para um número circunscrito de pessoas nas quais confia.

Entretanto, as pressões da sociedade e da vida moderna sobre a vida íntima do indivíduo são cada vez maiores e crescentes. Recursos eletrônicos, tais como micro-filmadoras, gravadores, câmeras ocultas e outras parafernálias eletro-eletrônicas devassam a intimidade das pessoas. Por vezes o indivíduo manifesta-se sobre um tema ou porta-se de determinada maneira, na convicção de estar só ou na presença apenas daquela pessoa e, mais tarde, assiste estupefato nos telejornais a exibição de filmagem clandestina sobre aquele fato.

Nunca é demais lembrar que esse devassamento do particular, ora baseado na repressão da violência (*discurso da lei e da ordem*), ou na voracidade da mídia em *fazer* a manchete dos jornais, é decorrência natural das mazelas geradas por nossa própria sociedade, criando, conforme Lênio Luiz Streck, “...o nosso pânico cotidiano. Esse pânico, não devemos esquecer, é também um pânico engendrado pelas elites, as quais, primeiro, criam o fantasma da criminalidade, para depois nos venderem a solução, mesmo que nesta esteja embutida a violação de direitos fundamentais”³⁵²

Neste contexto, o homem tem hoje apenas a certeza de que seus pensamentos ainda não foram devassados, porquanto a partir do momento em que exterioriza uma conduta ou uma idéia, pode surpreender-se com sua publicização, o que vem a afetar a liberdade que cada indivíduo tem de viver sem a intromissão alheia, seja por parte de particulares ou do próprio Estado.

É nesse contexto que a defesa do direito à intimidade sobressai no ordenamento jurídico, porque

...na medida em que a sociedade humana evolui, enquanto a ciência promove a descoberta e o aperfeiçoamento de novas técnicas de produção que vão provocar o surgimento de novos padrões de existência, surge a necessidade de uma proteção mais efetiva à pessoa humana.

³⁵² STRECK, Lênio Luiz. *As interceptações telefônicas e os direitos fundamentais* : constituição, cidadania e violência: a Lei 9.296/96 e seus reflexos penais e processuais. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre : Livraria do advogado, 2001. p. 28.

Esta proteção vai alcançar os aspectos mais íntimos da vida do homem, por meio do reconhecimento de direitos que irão tutelá-la e que seriam modernamente conhecidos como direitos da personalidade: o direito à vida, à honra, ao nome, à imagem, à intimidade.³⁵³

Portanto, o homem, em sua complexidade, necessita do resguardo de sua personalidade, e esta, por seu turno, revela-se multifacetada, sendo que o direito à intimidade se constitui em "...um atributo da personalidade, caracterizando-se por ser absoluto, indisponível e por não se revestir de natureza patrimonial."³⁵⁴

O fato de ser um direito absoluto, permite o seu exercício contra todos, respeitando-se os costumes e os limites legais, sendo ainda imprescritível e irrenunciável, não havendo incompatibilidade no fato de poder ser traduzido em indenização por danos morais e/ou materiais, apesar de sua natureza não patrimonial. Como se trata de um direito inerente ao seu titular, é insuscetível de ser transmitido a outra pessoa, uma vez que decorrente do direito à liberdade, que por sua vez é inata e intrínseca ao ser humano.³⁵⁵

Pode-se ainda acrescentar, numa tentativa de demarcar o campo onde se insere o direito à intimidade, que

...os direitos da personalidade estão situados na esfera das liberdades públicas, das quais compõem parte significativa, representando ambos o resultado de uma lenta e profunda obra doutrinária, que reelabora a concepção tradicional dos direitos fundamentais. Ela os ajusta às necessidades da sociedade contemporânea e conduz o Estado ao seu reconhecimento e garantia. Apenas, nem todas as liberdades públicas são direitos da personalidade. Aquele é o gênero, este a espécie. São direitos da personalidade positivados pelo Estado, aquelas liberdades públicas que constituem o mínimo para que o homem seja verdadeiramente homem.³⁵⁶

³⁵³ GIANNOTTI, Edoardo. *A tutela constitucional da intimidade*. Rio de Janeiro : Forense, 1987. p. 47-48.

³⁵⁴ COSTA JÚNIOR, Paulo José. *O direito de estar só : tutela penal da intimidade*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1995. p. 49. Entendendo o direito à intimidade como um atributo da personalidade vide GIANNOTTI, Edoardo. *A tutela constitucional da intimidade*, p. 56 - 58.

³⁵⁵ No sentido de que inata é a liberdade e não o direito à intimidade, vide COSTA JÚNIOR, Paulo José. *O direito de estar só : tutela penal da intimidade*, p. 50: "Quer-nos parecer, entretanto, que, como o direito à intimidade provém da liberdade, é esta que é inata, enquanto direito da personalidade. O direito de alguém poder recolher-se à soledade, pois, nada mais é que um efeito do exercício da liberdade, consiste em fazer ou deixar de fazer." No sentido de que o próprio direito à intimidade é inato vide FREGADOLLI, Luciana. *O direito à intimidade e a prova ilícita*. Belo Horizonte : Del Rey, 1998. p. 40-41; GIANNOTTI, Edoardo. *A tutela constitucional da intimidade*, p. 40.

³⁵⁶ GIANNOTTI, Edoardo. *A tutela constitucional da intimidade*, p. 48;

São manifestações do direito à intimidade o sigilo epistolar, das comunicações telegráficas, telefônicas, telemáticas, sigilo profissional, sigilo bancário e de dados, inviolabilidade do domicílio, o direito à própria imagem, a defesa do nome, à vida privada, o direito à honra e proibição da utilização de provas obtidas por meio ilícito. Existem ainda outras formas, por intermédio das quais o direito à intimidade pode se manifestar, não sendo possível fazer uma enumeração taxativa, porquanto se trata de um atributo da personalidade humana e, assim sendo, é por demais complexo, podendo assumir inúmeras facetas.³⁵⁷

O direito à intimidade surgiu em época imprecisa, e é indicada a “...jurisprudência inglesa do século XVIII como o seu berço, embora aparições esporádicas surjam em registros mais antigos (...). Todos os autores concordam que foi nos Estados Unidos, em fins do século passado, que se estabeleceu a prática verdadeira do 'right of privacy' ou 'right to be let alone' a partir da obra de Warren e Brandeiss - 'The right of privacy'...”³⁵⁸

A partir da segunda metade do século passado, o direito à intimidade conquistou o interesse internacional, passando a ser objeto de debates em congressos e seminários em todo o mundo. Foi consagrado em instrumentos internacionais que tutelam os direitos humanos e os direitos e garantias individuais fundamentais, tais como na Declaração Universal dos Direitos Humanos,³⁵⁹ no Pacto de São José da Costa Rica³⁶⁰ e no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos.³⁶¹

³⁵⁷ Vide a respeito das manifestações do direito à intimidade, FREGADOLLI, Luciana. *O direito à intimidade e a prova ilícita*, p. 46, 61, 145; BASTOS, Celso Ribeiro, MARTINS, Ives Gandra, *Comentários à Constituição do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988, p. 63.

³⁵⁸ FERREIRA, Ivete Senise. A intimidade e o direito penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 5, p. 96-106, jan./mar. 1994, p. 97.

³⁵⁹ Vide “Artigo XII - Ninguém será sujeito a interferências na vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques.”

³⁶⁰ Vide “Artigo 11 - Proteção da honra e da dignidade. 1. Toda pessoa tem direito ao respeito da sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade. 2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra e reputação. 3. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou ofensas.”

³⁶¹ Vide “Artigo 17 - 1. Ninguém poderá ser objeto de ingerências arbitrárias ou ilegais em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra e reputação. 2. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou ofensas.”

No Brasil, desde o Império, vem sendo traçado seu contorno por intermédio da proteção a alguns de seus aspectos. Assim, as Cartas de 1824, 1891, 1934, 1937 e a de 1946 asseguraram a inviolabilidade do domicílio e da correspondência. Com a Constituição de 1967 ocorreu uma ligeira ampliação do seu espectro, com a garantia da inviolabilidade das comunicações telefônicas e telegráficas.³⁶²

Nossa atual Constituição Federal também preocupou-se com o tema e, além das garantias consignadas pelas constituições anteriores, inseriu um dispositivo assegurando entre os direitos fundamentais o direito à intimidade, que pela primeira vez foi consignado de forma expressa.³⁶³

Ao utilizar as expressões *intimidade* e *vida privada*, nossos constituintes propiciaram o enaltecimento do debate entre os doutrinadores acerca da diferenciação entre ambas.³⁶⁴

Desta maneira,

...para alguns, a vida privada é o gênero que inclui como núcleo central a intimidade: assim, a intimidade seria a parte mais reservada da vida privada. Para outros, formando por assim dizer uma outra corrente, minoritária, a vida privada é uma das facetas que integram o conceito de intimidade para fins jurídicos. Assim, a intimidade seria a categoria e a vida privada a parte mais restrita dessa categoria.³⁶⁵

A dubiedade de opiniões demonstra não haver relevância prática na distinção dos conceitos, “...daí poder empregar-se indistintamente as expressões, 'vida privada' e

³⁶² Vide a respeito SANTOS FILHO, Ricardo Toledo. A intimidade e seus reflexos no direito penal. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 746, p. 449-465, dez. 1997, p. 450; vide ainda GIANNOTTI, Edoardo. *A tutela constitucional da intimidade*, p. 73-74, 78-97 e FREGADOLLI, Luciana. *O direito à intimidade e a prova ilícita*, p. 63-64.

³⁶³ Vide “Art. 5º, X: são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.”

³⁶⁴ A respeito vide GIANNOTTI, Edoardo. *A tutela constitucional da intimidade*, p. 8; vide ainda FREGADOLLI, Luciana. *O direito à intimidade e a prova ilícita*, p. 41-46. COSTA JÚNIOR, Paulo José. *O direito de estar só : tutela penal da intimidade*, p. 32-36 e FERREIRA, Ivete Senise. *A intimidade e o direito penal*, p. 98-100.

³⁶⁵ FREGADOLLI, Luciana. *O direito à intimidade e a prova ilícita*, p. 45.

'intimidade da vida privada' ou 'reserva da vida privada', e mesmo 'intimidade', num sentido amplo, que deverá abranger todas as situações mencionadas.”³⁶⁶

Outrossim, o direito à intimidade, como correlato à vida privada, “...consiste na faculdade que tem cada indivíduo de obstar a intromissão de estranhos na sua vida privada e familiar, assim como de impedir-lhes o acesso a informações sobre a privacidade de cada um, e também impedir que sejam divulgadas informações sobre esta área da manifestação existencial do ser humano.”³⁶⁷

Do conceito acima depreende-se que “...a vida privada, a honra e a imagem são os elementos constitutivos à intimidade da pessoa.”³⁶⁸ Portanto, para que o indivíduo possa manter uma esfera de sua vida tutelada contra a intromissão alheia, deverão ser resguardadas todas as formas condutoras do direito à intimidade, tais como, o recato, o isolamento, o direito de permanecer afastado, em meditação, mas também, os sigilos bancário, fiscal, de dados e telefônico, a privacidade do lar, o teor das correspondências, a divulgação de fotografias, filmagens, gravações feitas sem a autorização do titular do direito à intimidade, etc.

Todavia, em algumas hipóteses, mediante autorização judicial, o direito à intimidade encontra limitação nas manifestações que podem ser exteriorizadas, ou seja, não se pode exigir que o indivíduo divulgue um segredo, ou fale quando sua intenção é calar, mas pode ser determinada a busca e apreensão em sua residência ou escritório, ou em seu próprio corpo; poderá ser devassada sua correspondência, serem violados seus sigilos bancário, fiscal e telefônico, mas tudo isto deverá ser feito dentro

³⁶⁶ FERREIRA, Ivete Senise. A intimidade e o direito penal, p. 99-100. Vide sobre as expressões utilizadas para denominar o direito à intimidade no direito comparado FREGADOLLI, Luciana. *O direito à intimidade e a prova ilícita*, p. 37: “O Direito anglo-norte americano o denomina de *right of privacy*, *right to privacy*, *the right to be alone*, *private life* e, às vezes, *intimacy*; o francês de *droit à la vie privée*; o italiano de *diritto alla riservatezza*, *intimità* ou *riserbo*, enquanto o espanhol de *derecho a la esfera secreta de la propia personalidad personal*, *vida privada*, *intimidad personal*, *esfera reservada de la vida* ou *privacidad*. Existem, ainda, na Alemanha, as expressões *privatsphäre* (esfera privada), *intimsphäre* (esfera íntima) e *geheimnisphäre* (esfera secreta) e outras similares. E em Portugal duas expressões para esse fim são utilizadas: proteção à intimidade da vida privada e direito à zona de intimidade da esfera privada.”

³⁶⁷ BASTOS, Celso Ribeiro, MARTINS, Ives Gandra, *Comentários à Constituição do Brasil* : promulgada em 5 de outubro de 1988, p. 63.

³⁶⁸ FERREIRA, Wolgran Junqueira. *Direitos e garantias individuais* : comentários ao art. 5º da CF/88. Bauru : Edipro, 1997. p. 167.

dos parâmetros legais e sob os auspícios dos direitos e garantias individuais constantes da Constituição Federal.³⁶⁹

Portanto, o silêncio pode ser uma das formas de resguardar a intimidade do indivíduo. Tal assertiva justifica-se no fato de que “...o direito ao silêncio encarna-se nas liberdades públicas e tem por fundamento a intimidade, realizando-se no direito do contraditório e na ampla defesa; é um direito subjetivo, exercido em face do Estado, e dentro do processo.”³⁷⁰

Observa-se, portanto, que quando o indivíduo opta pelo silêncio, está exercendo uma das vertentes do direito à intimidade, está resguardando seus sentimentos, palavras, atos ou fatos da intromissão alheia, seja ela praticada pelo Estado ou por particulares. Tanto cabe ao indivíduo recolher-se à introspecção, calando-se em relação a aspectos estritamente subjetivos e interiorizados, como quando se trate de fatos que possam resultar na imputação criminal e, portanto, seja o caso de exercer tal direito contra a máquina estatal encarregada da persecução penal.

Em relação ao direito ao silêncio, enquanto forma de manifestação do direito à intimidade, “...a necessidade de sua proteção jurídica fica estreitamente vinculada aos fatores eventualmente capazes de violentá-la: o Estado e a moderna sociedade industrial, que, sustentados em enganosas concepções sobre o desenvolvimento econômico, enaltecem os progressos científicos e técnicos, conferindo-lhes absoluta prioridade, em detrimento da defesa dos direitos humanos...”³⁷¹

A transgressão do direito ao silêncio pode ocorrer quando da violação de qualquer uma das formas pelas quais se manifesta o direito à intimidade, porquanto

³⁶⁹ Conforme STRECK, Lênio Luiz. *As interceptações telefônicas e os direitos fundamentais : constituição, cidadania e violência : a Lei 9.296/96 e seus reflexos penais e processuais*, p. 131-134. Sobre as “limitações do direito à intimidade” vide COSTA JÚNIOR, Paulo José. *O direito de estar só : tutela penal da intimidade*, p. 44-49.

³⁷⁰ SILVA, Marco Antonio Marques da. *A vinculação do juiz no processo penal*, p. 13; No mesmo sentido vide AZEVEDO, David Teixeira de. *O interrogatório do réu e o direito ao silêncio*, p. 292: “O direito ao silêncio encarta-se nas liberdades públicas e tem por fundamento a intimidade, realizando-se no direito ao contraditório e na ampla defesa.” Vide ainda MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; MORAES, Maurício Zanoide. *Direito ao silêncio no interrogatório*, p. 136: “O direito ao silêncio insere-se, no plano do direito material, no direito à intimidade, que por sua vez, enquadra-se entre os direitos que constituem atributo da personalidade.”

³⁷¹ GIANNOTTI, Edoardo. *A tutela constitucional da intimidade*, p. 37.

viola ambos os direitos a autoridade policial que permite, ou não evita, a filmagem ou fotografia do acusado da prática de alguma infração penal para divulgação através dos meios de comunicação. De que adianta possibilitar ao acusado silenciar-se, quando na manchete do jornal ao lado de sua fotografia consta que ele é o autor, ou o suspeito, de haver praticado aquele fato? E mais, de que vale dizer da existência do direito ao silêncio quando se devassa a correspondência, ou se viola o sigilo telefônico indevidamente? Ambos os direitos são correlatos e inseparáveis. Violado um deles, o outro também o será.

Com efeito,

...a defesa da intimidade deve objetivar a proteção do espaço privado que deve caber ao homem, ameaçado por concepções sociais decorrentes de uma filosofia tecnocrática que tende a desconhecer e violentar os valores íntimos da pessoa humana contemporânea.

Não se trata de defender a vida íntima em razão de eventuais direitos, inalienáveis e imprescritíveis, que o homem possua. A vida íntima, liberta dos esquemas ideológicos impostos por concepções liberais ultrapassadas, adquire nova configuração na sociedade contemporânea.

A necessidade do isolamento, da solidão criadora e revigorante, de que o homem integrado na sociedade moderna não pode prescindir, é basicamente dependente da ação do Estado, cujo poder marca tão profundamente nossa época. Na medida em que o poder público estiver identificado com a inadiável tarefa da defesa da vida privada do homem, pouco poderão fazer os instrumentos que, eventual ou efetivamente, possam violar esse direito.

Será utilizando os poderosos instrumentos legais de que dispõe, que a entidade estatal poderá garantir a proteção do direito à intimidade. Entre eles, deve receber absoluta prioridade a Constituição, documento jurídico fundamental, capaz de garantir elevada credibilidade à defesa desse direito.³⁷²

Assim, num Estado que se quer democrático, não há espaço para um *panóptico institucionalizado*,³⁷³ onde os arroubos de ocasião (muitas vezes guardando

³⁷² GIANNOTTI, Edoardo. *A tutela constitucional da intimidade*, p. 3-4.

³⁷³ Conforme STRECK, Lênio Luiz. *As interceptações telefônicas e os direitos fundamentais* : constituição, cidadania e violência : a Lei 9.296/96 e seus reflexos penais e processuais, p. 142. Sobre a noção de Estado Democrático de Direito, vide a mesma obra, p.136: “ Em outras palavras, o Estado Democrático de Direito supera as noções anteriores de Estado Liberal e Estado Social de Direito (...) A noção de Estado Democrático de Direito está, pois, indissociavelmente ligada à realização dos direitos fundamentais. É desse liame indissolúvel que exsurge aquilo que se pode denominar de *plus* normativo do Estado Democrático de Direito. Mais do que uma classificação de Estado ou de uma variante de sua evolução histórica, o Estado Democrático de Direito faz uma síntese das fases anteriores, agregando a construção das condições de possibilidades para suprir as lacunas das etapas anteriores, representadas pela necessidade do resgate das promessas de modernidade, tais como igualdade, justiça social e garantia dos direitos humanos fundamentais. A essa noção de Estado se acopla o conteúdo das Constituições, através de valores substantivos que apontam para uma mudança no *status quo* da sociedade.”

objetivos ignóbeis) vilipendiam os direitos fundamentais. Pelo contrário, deve um Estado Democrático de Direito refrear, por meio de seus poderes constituídos (Executivo, Legislativo e Judiciário), tais violações desse direito fundamental, resguardando o cidadão e não permitindo a utilização da prova obtida mediante violação à intimidade, bem como punindo os transgressores, seja com a imposição de penas, seja com a decretação da imprestabilidade da prova colhida.

CAPÍTULO 5 O CÓDIGO DE PROCESSO PENAL EM VIGOR: ASPECTOS PROBATÓRIOS RELEVANTES

5.1 NOÇÕES GERAIS

A prova é um dos temas centrais e mais importantes do direito processual penal. José Frederico Marques a conceitua como sendo o “...elemento instrumental para que as partes influam na convicção do juiz e o meio de que este se serve para averiguar sobre os fatos em que as partes fundamentam suas alegações.”³⁷⁴

Para Mittermaier, “...a teoria legal da prova não é outra coisa mais do que a expressão das regras instituídas pela experiência, e que, em nós desenvolvem e fecundam a força instintiva, indagadora da verdade.”³⁷⁵

Segundo Malatesta,

...como as faculdades perceptivas são a fonte subjetiva da certeza, as provas são o modo de apreciação da fonte objetiva, que é a verdade. A prova é, portanto, deste ângulo, o meio objetivo com que a verdade atinge o espírito; e o espírito pode, relativamente a um objeto, chegar por meio das provas tanto à simples credibilidade, como à probabilidade e certeza: existirão, assim, provas de credibilidade, de probabilidade e de certeza. A prova, portanto, em geral, é a relação concreta entre a verdade e o espírito humano nas suas especiais determinações de credibilidade, probabilidade e certeza.³⁷⁶

Podemos verificar, desta maneira, que a prova é visualizada por grande parte da doutrina sob uma perspectiva filosófica de busca de uma verdade por meio da reconstrução do fato pretérito, proporcionando ao julgador uma certeza apta a

³⁷⁴ MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual*, v.2, p. 253. Interessante classificação dos meios de prova é proposto pelo autor, na mesma obra, p. 256: “Os meios de prova podem constituir-se de provas históricas ou de provas críticas, e de provas pessoais ou de provas reais. Prova histórica é 'um fato representativo de outro fato', tal como o conteúdo de um documento, ou o depoimento de uma testemunha. A prova crítica, ao revés, não tem função representativa, mas apenas indicativa, pois não é um equivalente sensível do fato a provar; é o que sucede, verbi gratia, com os indícios. Provas reais são aquelas em que o depoimento instrumental está constituído por uma coisa ou bem exterior ao indivíduo; já as provas pessoais são aquelas cujo objeto instrumental está constituído por um ser com personalidade e consciência que contribui para formar o convencimento do juiz mediante declarações de conhecimento.”

³⁷⁵ MITTERMAIER, C. J. A. *Tratado da prova em matéria criminal*. Tradução de: Herbert Wüntzel Heinrich. 3. ed. Campinas : Bookseller, 1996, p. 77.

³⁷⁶ MALATESTA, Nicola Framarino dei. *A lógica das provas em matéria criminal*, v.1, p. 87.

influenciar seu convencimento e possibilitar a prolação da sentença.³⁷⁷

Já em relação à produção da prova, verifica-se que tal ônus cabe inteiramente à acusação, uma vez que em benefício da defesa existem institutos que não podem ser desrespeitados, sob pena de sobrepujar a injustiça. Um desses institutos é o princípio da presunção de inocência e outro é o princípio *in dubio pro reo*, os quais devem ser integralmente aplicados no processo criminal, podendo, no caso de fragilidade dos meios de prova utilizados pela acusação, levar à absolvição do acusado,³⁷⁸ conforme determina a norma do artigo 386, VI, do Código de Processo Penal.³⁷⁹

Isto leva ao entendimento de que “...a obrigação de provar é sempre entendida de modo limitadíssimo para os fins da defesa penal. Se as provas da acusação, para terem conseqüências jurídicas, devem conduzir à *certeza* da criminalidade, as da defesa produzem seu efeito quando chegam, simplesmente, a abalar tal certeza; e a isso chegam, fazendo simplesmente admitir a *credibilidade* do próprio assunto.”³⁸⁰

De outra banda, quando o acusado opta por silenciar, remete o ônus probatório integralmente para a acusação, já que nada alegou que careça de comprovação. Com o ônus probatório inteiramente a seu cargo, a acusação necessita comprovar a

³⁷⁷ Conforme MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Do processo de conhecimento : arts. 332 a 363. In: SILVA, Ovídio Batista da (Coord.). *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2000. v.5, t.1. p. 30-35.

³⁷⁸ Conforme MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Do processo de conhecimento : arts. 332 a 363, p. 166: “Deve haver distinção entre fonte e meio para se demonstrar a verdade dos fatos. A prova há de ser utilizada no processo. Quando utilizada é verdadeiro meio para se demonstrar a verdade dos fatos; quando não utilizada é uma simples fonte.”

³⁷⁹ Art. 386: “O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça: (...) VI - não existir prova suficiente para a condenação.”

³⁸⁰ MALATESTA, Nicola Framarino dei. *A lógica das provas em matéria criminal*, v.1, p. 146. No sentido de que não existe ônus probatório em relação à defesa, manifesta-se JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*, p. 221: “...h) no processo penal acusatório moderno, no [sic] réu basta tão-somente opor-se à pretensão do autor, através de pura negativa dos fatos da acusação ou através de negativa qualificada por afirmação de fatos excludentes daqueles que lhe são imputados na peça acusatória: i) a dúvida sobre fato relevante para o julgamento da pretensão punitiva, desta forma, resume-se em dúvida sobre a acusação penal, determinando a absolvição por insuficiência de prova; j) o ônus da prova, na ação penal condenatória, é todo da acusação e relaciona-se com todos os fatos constitutivos do poder-dever de punir do Estado, afirmado na denúncia ou queixa; conclusão esta que harmoniza a regra do art. 156, primeira parte, do Código de Processo Penal com o salutar princípio *in dubio pro reo*.” Em posição diversa está DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito processual penal*, p. 193: “Dado o dever de investigação judicial autónoma da verdade, logo se compreende que não impenda nunca sobre as partes, em processo penal qualquer ônus de afirmar, contradizer e impugnar...”

culpabilidade do acusado, de forma que não paira nenhuma dúvida capaz de obstar a condenação ou a execução da pena, porquanto ela beneficia o réu e também pelo fato de que lhe assiste a presunção de inocência.

Com relação ao julgador, caberia a ele apenas fazer a valoração dos meios de prova carreados aos autos. Conforme Jorge de Figueiredo Dias,

...a imparcialidade e objetividade que, conjuntamente com a independência, são condições indispensáveis de uma autêntica decisão judicial só estarão asseguradas quando a entidade julgadora não tenha também funções de investigação preliminar e acusação das infrações, mas antes possa apenas investigar e julgar dentro dos limites que lhe são postos por uma acusação fundamentada e deduzida por um órgão diferenciado (em regra o MP ou juiz de instrução).³⁸¹

Porém, assim não ocorre na atual dinâmica do Código de Processo Penal, devido à possibilidade do próprio juiz prolator da sentença de poder lançar-se na busca de outros meios de prova, quando considere insuficiente a atividade probatória desenvolvida pela acusação e ou pela defesa, conforme autorização expressa do artigo 156, segunda parte, do Código de Processo Penal.

Portanto, o poder investigatório (inquisitório) que detém o juiz, no nosso sistema processual penal, de perquirir acerca de tudo que possa fornecer elementos para a reconstrução do fato e que colabore na busca da almejada verdade, consagra-o como gestor da prova, uma vez que ele não fica adstrito à vontade da acusação ou da defesa no tocante ao objeto probatório (e por isso mesmo é que não há que se falar em adoção de um sistema acusatório no Brasil).

Ainda neste contexto, a relevância da prova estaria para além de tal significado, uma vez que ela se consubstanciaria no fato de que

...os mecanismos probatórios servem à formação do convencimento do juiz e, concomitantemente, cumprem função não menos relevante de *justificar* perante o corpo social a decisão adotada: assim, considerar a prova como a '*alma do processo*' tanto pode significar a exaltação do seu valor interno - de instrumento pelo qual o juiz esclarece sobre os fatos -, como a identificação de um elemento vivificador através do qual a atividade processual assimila valores e símbolos vigentes na sociedade, propiciando, em contrapartida, a adesão do grupo ao pronunciamento resultante.³⁸²

³⁸¹ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito processual penal*, p. 136-137.

³⁸² GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *O direito à prova no processo penal*, p. 13.

Destarte, a prova é a essência do processo, uma vez que ao aclarar a verdade mais coerente com os fatos pretéritos e sua autoria, permite que o magistrado forme sua convicção e, conseqüentemente, prolate a sentença com a aplicação do direito cabível, servindo ainda (e esta é a sua característica mais importante) para que o grupo social se convença da justiça da decisão, aderindo ao resultado proferido pelo órgão judiciário e acatando, dessa forma, como legítimo o discurso proveniente do poder constituído.³⁸³

³⁸³ Interessante e coerente crítica à forma como a dogmática penal tem sido utilizada para justificar a legalidade das decisões judiciais é feita por ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 302-303: “São seis, neste sentido, os resultados das Ciências Sociais até aqui expostos a reunir e pontualizar: 1) Se os casos que chegam à agência judicial são o produto de uma seletividade estrutural (controle informal, criminalização primária, incapacidade operacionalizadora estrutural do sistema penal, criminalização secundária) que lhe é submetida à decisão e à qual ela tem regularmente convalidado e consolidado, como o evidencia inequivocamente a clientela do sistema penal, tornando o juiz um funcionário, que geralmente não se rebela, do controle diferencial ou da construção seletiva da criminalidade; 2) Se a regularidade das decisões judiciais seletivas é explicada pela influência de estereótipos de criminosos e criminalidade e teorias de todos os dias dos quais são portadores os juízes (*second code*) e a opinião pública, além de processos derivados da estrutura organizacional comunicativa do sistema penal que reenviam ao *status* social processado em detrimento do instrumental dogmático construído para a imputação da responsabilidade penal e administrativa através da técnica jurídico-penal, que deveria reenviar à sua conduta; 3) Se a uniformização e previsibilidade das decisões judiciais aparece, conseqüentemente, como probabilidade de que alguns serão selecionados pelo sistema e outros não, dependendo de seu *status* social e/ou das exigências do poder constituído; a igualdade formal aparece como desigualdade real, a segurança como in-segurança que beneficia determinados grupos e classes sociais em detrimento de outros, isto é, como in-justiça; 4) se o *second code* judicial é o que geralmente pauta e condiciona, efetivamente, o horizonte das decisões, mas não se submete à obrigação de motivação fática e jurídica da sentença permanecendo, por isto, invisível e fora do controle público (‘macrocosmos invisível’); 5) Se, ao revés, o código dogmático do Direito Penal do fato, com seu poder pautador esvaziado, é o que aparece regularmente junto com os Códigos legais na motivação formal e na justificação da legalidade das decisões seletivas (‘microcosmos visível’), permitindo recolocar normas e ‘conceitos’ no lugar daqueles preconceitos, operando como uma cobertura decisória do (contra) Direito Penal do autor; 6) Se, enfim, tal colonização do código tecnológico dogmático pelo *second code* judicial autoriza a considerar as características nas quais se baseia a motivação formal da sentença de condenação (como os conceitos de imputabilidade e culpabilidade) como qualidades atribuídas ao sujeito, os juízos de imputação de responsabilidade penal nele baseados como juízos atributivos e a sentença penal como atribuição de responsabilidade penal. Todos estes argumentos concorrem para uma conclusão genérica fundamental: entre a evidencia empírica de que o código tecnológico da Dogmática tem sido utilizado para fundamentar juridicamente e justificar a legalidade das decisões judiciais e a evidencia empírica de sua incapacidade racionalizadora para a gestão de decisões igualitárias (soluções iguais para casos iguais) seguras e justas somente resta a hipótese de que tem concorrido para instrumentalizar e racionalizar as decisões seletivas, acabando por fornecer a elas uma justificação técnica de base científica, legitimando-as e, na sua esteira, a totalidade do exercício de poder do sistema penal. Pois, é em virtude mesmo da pré-programação legislativa e dogmática da ação jurisdicional, que o sistema penal se legitima pela legalidade.”

Ainda em relação à finalidade da prova, apesar da teoria processual continuar fundada na busca da verdade real (material) sobre um fato pretérito, entendendo ser esta a única forma para que a justiça seja feita, sabe-se que é uma busca infrutífera e utópica.³⁸⁴

Na tentativa de reconstrução do fato passado sempre existirão variáveis influenciando o resultado, devido aos aspectos subjetivos dos indivíduos que presenciaram o acontecido e ocorrendo o mesmo em relação ao juiz ao valorar a prova colhida. Ao descrever o fato o intérprete ou historiador sempre irá fazê-lo sob seu ponto de vista pessoal, conforme suas próprias experiências de vida, podendo alterar ainda que inconscientemente a forma como possam ter ocorrido.

O julgador, por seu turno, ao interpretar o fato descrito jamais o fará de forma exclusivamente objetiva, havendo sempre aspectos subjetivos a influenciar sua análise,³⁸⁵ e isto derruba o mito da neutralidade judicial. O julgador é, antes de tudo, um ser humano “...condicionado por sua cultura jurídica, suas crenças políticas, filosóficas e religiosas, sua inserção sócio-econômica e todos os demais fatores que forjaram e integram sua personalidade.”³⁸⁶

Conclusão lógica, portanto, é a impossibilidade de se alcançar a verdade real, passando a ser perseguida apenas a verossimilhança, a aparência de verdade (a qual pode não corresponder à realidade). Outrossim, o juiz ao prolatar a sentença aplicando a lei ao caso, opta por uma verdade: aquela vislumbrada por ele no caso, após a análise

³⁸⁴ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro, p. 190-191: “Aqui, como salta à vista, há uma grande responsabilidade ética: Carnelutti funda as bases para que se sustente que os julgamentos são lançados sobre aquilo que, a priori, sabe-se não ser verdadeiro. Dá-nos, então, por primário, a possibilidade – quiçá pela primeira vez!- de questionar a malfadada segurança jurídica, desde sempre tão retórica e que transformou heróis em vilões e vice-versa. (...) Com efeito, a verdade está no todo, mas ele não pode, pelo homem, ser apreensível, ao depois, a não ser por uma, ou algumas, das partes que o compõem.”

³⁸⁵ Conforme PORTANOVA, Rui. *Motivações ideológicas da sentença*. 3. ed. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1997. p. 15-16: “As contradições, os exageros ou as omissões das testemunhas podem embasar com alguma objetividade o convencimento judicial: fora disso, os motivos pessoais do juiz para considerar um fato, uma prova ou um direito como relevantes para o provimento ou não da demanda são pouco perscrutáveis. São motivações pessoais: interferências (psicológicas, sociais, culturais), personalidade, preparação jurídica, valores, sentimento de justiça, percepção da função, ideologia, estresse, remorsos, intelectualização (RJTJRS, v. 128, p. 84).”

³⁸⁶ BRUM, Nilo Bairros de. *Requisitos retóricos da sentença penal*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1980, p. 85.

das provas e também a que surgiu nas argumentações expendidas pelas partes nas suas alegações. Por outro lado, o julgador deve argumentar motivando sua decisão para que suas conclusões demonstrem ou mesmo correspondam a uma verdade que seja acatada pelo corpo social como sucedâneo de justiça, o que nos leva a concluir que “...a ‘verdade’ não se descobre, mas se constrói, através da argumentação.”³⁸⁷

Apesar disso, grande parte da doutrina pátria ainda se preocupa e defende a propalada (e inatingível) busca da verdade material, mas

...não se dá conta que esta idéia vem legitimar o sistema inquisitório e toda a barbárie que o acompanha, na medida em que tem o processo como meio capaz de dar conta “da verdade”: e não de “uma verdade”, não poucas vezes completamente diferente daquela que ali estar-se-ia a buscar.

Assim, é preciso admitir que no processo penal jamais se vai apreender a verdade como um todo – porque ela é inalcançável – e, portanto, como se viu, o que se pode – e deve – buscar nos julgamentos é um juízo de certeza, pautado nos princípios e regras que asseguram o Estado Democrático de Direito.³⁸⁸

Com efeito, a justiça da decisão judicial é verificada a partir das argumentações expendidas (do discurso), especialmente as do juiz. Portanto, é no discurso que o poder constituído se estabelece e interage com a sociedade, convencendo-a da *verdade* dos fatos (de um caso penal) e impondo, pela palavra, um modelo do *justo* ou de *justiça* mais hábil à manutenção dos interesses da ocasião.

5.2 INDÍCIOS E PRESUNÇÕES

As presunções e os indícios estão inseridos, segundo a classificação de Malatesta, na categoria das provas indiretas.

Na busca pela idealizada reconstrução histórica do fato criminoso, nem sempre é possível perpetrá-la através da produção da prova direta. Inúmeras situações se apresentam nas quais apenas por intermédio da razão, da introspecção proporcionada pelo raciocínio dedutivo, conseguimos chegar à verossimilhança

³⁸⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. Do processo de conhecimento : arts. 332 a 363, p. 51.

³⁸⁸ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro, p. 195.

ocorrida no caso a ser julgado. E este raciocínio tem como pressuposto "...a experiência externa e a experiência interna; a experiência do mundo físico que nos circunda e do mundo moral da nossa consciência: eis a base do raciocínio que nos conduz, pelo caminho do conhecido ao desconhecido",³⁸⁹ ou seja, utilizamos um referencial que dominamos para chegar a outro que se apresenta nebuloso. É neste momento que nos socorremos da prova indireta, através dos indícios e das presunções.

Os indícios são um meio de prova indireta utilizada no processo criminal já há muitos séculos. Durante a Idade Média, quando vigorava o sistema de provas tarifadas, entendia-se que o indício possuía valor probante diferenciado da prova direta. A esta imputava-se um valor maior e por vezes tornava-se necessário somar os indícios para que alguém fosse submetido à tortura. O sistema processual hoje vigente admite a prova indiciária sem fazer distinção quanto à sua valoração. Devido à regra do livre convencimento do julgador, o indício possui força probatória equiparada a qualquer outro meio de prova.³⁹⁰

A palavra indício é originária do latim e provém de "...'indicare', que significa indicar, apontar, mostrar com o dedo ou por meio de um sinal qualquer, demonstrar,

³⁸⁹ MALATESTA, Nicola Framarino dei. *A lógica das provas em matéria criminal*, v.1, p. 189.

³⁹⁰ Em sentido diverso, entendendo ser a prova por indícios diversa e menos confiável que a prova direta vide LEONE, Giovanni. *Tratado de derecho procesal penal*. Tradução de: Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires : Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961. v.2, p. 167: "Por el contrario, la diferencia entre prueba e indicios existe, y es inmensa. Aparte de toda otra consideración, basta observar que el juez inducido al error por pruebas no genuinas, puede descargar su error sobre el dolo o el error de los demás; mientras que el juez inducido a error por su propia lógica, sólo a su propia conciencia debe imputar el error. Y es claro que la sociedad - si no puede remover del todo el triste fenómeno del falso testimonio o de la falsa pericia -, siente que no puede encomendar a la lógica del juez, por más sana y controlada que sea, el destino de una criatura humana. A la prueba indiciaria se la califica exactamente de prueba *indirecta*, y se la contrapone, por tanto, a la prueba *directa*." Sobre a diferença entre prova e presunção vide CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de direito processual civil*. Tradução de: Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo : Classic Book, 2000. v.2, p. 544: "Exatamente, pela falta indicada de finalidade probatória nas presunções, acontece freqüentemente que a dedução que se pode derivar dela não é segura, de modo que as mesmas servem para estabelecer mais com *probabilidade* do que com *certeza* a existência ou a inexistência dos fatos a serem provados. Daí o modo geral de pensar, de acordo com o qual a diferença entre *provas e presunções* guarda relação estreita com a certeza ou a probabilidade que delas pode derivar-se e, portanto, a presunção é uma espécie de prova menos segura: assim, freqüentemente *presunção* é confundida com *principio de prova*."

revelar, etc.”³⁹¹ Malatesta define o indício como sendo “...aquele argumento probatório indireto que deduz o desconhecido do conhecido por meio da relação de causalidade.”³⁹²

No entendimento de Marcelo Abelha Rodrigues, “...quando se prova o fato circunstancial com vistas a firmar uma possível convicção acerca do fato principal, temos o que a doutrina denomina de *indício*. Portanto, *indício* é toda circunstância de fato da qual se extrai a convicção do fato principal.”³⁹³

Segundo Magalhães Noronha, a distinção entre indício e presunção reside no pressuposto de que “...o indício é um fato, ao passo que a presunção encontra sua fonte na experiência; noutras palavras, o indício é uma circunstância certa e que se realizou, ao passo que, na presunção, considera-se como realizado um fato não provado, fundando-se, entretanto, na experiência.”³⁹⁴ Já Frederico Marques, embora acatando o entendimento no sentido de que não há distinção entre presunção e indício, explicita que

...o indício tem como ponto de partida um fato provado. Por essa razão, fonte dos indícios podem ser as várias provas diretas em que se possa descansar a demonstração desse fato. Um trecho de depoimento testemunhal, ou o tópico de um interrogatório; os vestígios materiais que a infração deixou e que o auto de corpo de delito registra, assim como elemento sensível colhido no exame do *corpus strumentorum*; as declarações do ofendido, ou a atitude do réu no interrogatório - tudo isso pode constituir elemento indiciário comprovando fatos de que

³⁹¹ ANDRADE, Christiano José de. Dos indícios no processo penal. *Justitia*, São Paulo, v. 72, p. 87-98, 1º trimestre de 1971, p. 87.

³⁹² MALATESTA, Nicola Framarino dei. *A lógica das provas em matéria criminal*, v. 1, p. 216.

³⁹³ RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de direito processual civil*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2000. v.2, p. 188.

³⁹⁴ NORONHA, E. Magalhães. *Curso de direito processual penal*. 19. ed. atual. por Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha. São Paulo : Saraiva, 1989, p. 133. Sobre o senso comum e sua influência no reconhecimento de fatos pelo juiz, vide TARUFFO, Michele. *Senso comum, experiência e ciência no raciocínio do juiz*. Tradução: Cândido Rangel Dinamarco. Curitiba : IBEJ, 2001, p. 13-14: “O senso comum também está constantemente presente na parte do raciocínio judicial relacionada com o reconhecimento dos fatos. Embora se trate, segundo a orientação teórica que parece mais louvável, de uma atividade essencialmente *cognitiva* mediante a qual o juiz formula, com base nas provas, juízos de verdade ou de falsidade sobre enunciados relativos aos fatos relevantes da causa, é evidente que numerosas e importantes passagens dessa atividade fundam-se em reclamos ao senso comum.”

ulteriormente tirará o juiz as suas ilações a respeito do *thema probandum*.³⁹⁵

Assim, mais que a indicação de um fato, para que uma circunstância possa ser elevada à categoria de indício, é imprescindível a demonstração de sua natureza por meio da específica articulação de argumentos capazes de alavancá-la ao *status* de prova indiciária, ou seja, "...o valor do indício repousa na *credibilidade*, na *lógica* do raciocínio dedutivo de forma a criar uma relação de causa e efeito entre a circunstância conhecida e o fato a ser provado. Em síntese: para a prova indiciária não é bastante a *indicação*, necessário se faz a *demonstração*."³⁹⁶

Por seu turno, Tornaghi afirma ser o indício um fato devidamente comprovado que, por ter ligação com o fato probando, permite que se conclua algo a respeito deste. Assim, o fato principal, que é a existência do crime, deve ser provado através do exame de corpo de delito direto ou indireto, por documentos, depoimento de testemunhas ou outro meio de prova, segundo a sistemática de nossa legislação processual penal,³⁹⁷ sendo que apenas as circunstâncias que o envolvem podem se constituir em indícios.

Portanto, os indícios são aquelas circunstâncias provadas que gravitam ao redor do fato criminoso já comprovado e que, devido à sua estreita ligação com o fato principal, permitem sejam tiradas conclusões a seu respeito. Como exemplo, o referido autor cita o fato de determinado homem ser encontrado ao lado de um cadáver, portando uma faca ensangüentada e tendo no bolso a carteira e jóias do falecido. Assim, o fato principal é a morte e está provada com o cadáver; por outro lado, o fato também comprovado de alguém ter sido encontrado com a faca que produziu os

³⁹⁵ Vide MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*, v.2, p. 347. Segundo NORONHA, E. Magalhães. *Curso de direito processual penal*, p. 133. Para ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Da prova no processo penal*. 5. ed. atual e ampl. São Paulo : Saraiva, 1999. p. 194: "Indícios, presunções e circunstâncias têm o mesmo significado, a mesma natureza jurídica, representam o mesmo tipo de prova, apenas usados em campos diversos." Em sentido contrário, entendendo haver distinção entre indício e presunção vide MORAIS, Paulo Heber de; LOPES, João Batista. *Da prova penal*. Campinas : Copola, 1994. p. 152; FRANCO, Ary Azevedo. *Código de processo penal*. 5. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro : Forense, 1954. v.1. p. 299; MALATESTA, Nicola Framarino dei. *A lógica das provas em matéria criminal*, v.1, p. 204-206.

³⁹⁶ PERES, Onir de Carvalho. Prova – essência do processo. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 693, p. 436-439, jul. 1993. p. 438.

³⁹⁷ "Art. 158. Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado."

ferimentos, dos quais decorreu a morte e de estar na posse dos bens do falecido, são os indícios que possibilitam presumir ser este homem o autor do latrocínio.³⁹⁸

Com efeito, o Código de Processo Penal, no seu art. 239, ao tratar da prova indiciária,³⁹⁹ espousa as assertivas enunciadas. Ao referir-se ao raciocínio a ser feito a partir do indício, para se chegar ao fato desconhecido e a ser comprovado relativo à autoria do delito, o legislador processual penal utilizou a palavra indução, o que rendeu diversas críticas por parte da doutrina pela pouca congruência e razoabilidade de tal forma de raciocínio.⁴⁰⁰

E isto se deve ao fato de que na indução se parte do particular para o geral, ou seja, "...de dados singulares, de casos observados, induz-se uma conclusão genérica, uma lei universal. Do plano dos seres ou dos fatos concretos a inteligência se eleva ao nível elevado das verdades abstratas. Hoje observo que um homem morreu; amanhã vejo que outro teve o mesmo fim; depois outro e mais outro. Daí, desses fatos particulares, induzo que o homem é mortal, que todo homem é mortal."⁴⁰¹

Verifica-se que, no caso, o raciocínio é diverso, uma vez que do fato provado e conhecido que é o indício, parte-se para uma conclusão acerca do fato desconhecido, o fato probando.

Portanto, "...o que há na realidade é uma dedução típica, um verdadeiro silogismo em que a conclusão (o fato probando) resulta da comparação entre a premissa menor (fato indiciário) e a premissa maior (um princípio da razão, conhecido

³⁹⁸ TORNAGHI, Hélio Bastos. *Instituições de processo penal*, v.4, p. 158-162.

³⁹⁹ Art. 239: "Considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias."

⁴⁰⁰ Nesse sentido vide AQUINO, José Carlos G. Xavier de; NALINI, José Renato. *Manual de processo penal*. São Paulo : Saraiva, 1997. p. 155; ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Da prova no processo penal*, p. 195-197; MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. p. 313-314; NORONHA, E. Magalhães. *Curso de direito processual penal*, p. 132; TORNAGHI, Hélio Bastos. *Instituições de processo penal*, v.4, p. 159-162.

⁴⁰¹ TORNAGHI, Hélio Bastos. *Instituições de processo penal*, v.4, p. 159.

a priori, ou uma lei da experiência, induzida de fatos anteriores).”⁴⁰² Assim, na dedução, o raciocínio é inverso, parte do geral para o particular.

Nossa legislação não demonstrou interesse em proporcionar uma classificação dos indícios, embora em algumas oportunidades tenha se referido a *indícios veementes* e *suficientes*, ou apenas *indícios*, no plural,⁴⁰³ mas mesmo assim a valoração dos indícios, como meio de prova, é sempre relativa, devendo ser sopesada em cada caso concreto e ficando subordinada apenas ao discernimento do julgador.

Tal assertiva encontra amparo na própria Exposição de Motivos do Código de Processo Penal, no item VII, que trata das provas, onde o legislador explicita não haver adotado nenhum sistema de valoração ou de hierarquia de provas, ficando ao prudente critério do juiz a apreciação dos meios de prova carreados aos autos.⁴⁰⁴

Portanto, o conjunto probatório oportunizará ao juiz a condição para prolatar a sentença, independente de tratar-se de prova direta ou indireta. O essencial é verificar se a prova aquilatada aos autos traz em seu bojo elementos capazes de convencer pela aparência de verdade ou se apenas indicam uma probabilidade.

Assim, podem ser acostados aos autos indícios suficientes para convencer o julgador, tais como os indícios decorrentes de perícias técnicas e, por outro lado, trazer outros que se revelem insuficientes em alcançar tal objetivo. Não há uma fórmula exata, mágica, que permita assegurar quais indícios devam ser considerados refutáveis,

⁴⁰² TORNAGHI, Hélio Bastos. *Instituições de processo penal*, v.4, p. 160. Segundo NORONHA, E. Magalhães. *Curso de direito processual penal*, p. 133: “O raciocínio indiciário é um silogismo: premissa maior - a proposição geral; premissa menor - o fato ocorrido; conclusão lógica - a prática do delito. (...) No indício, há, pois, um fato ocorrido - a premissa menor - que, consoante a lei, deve ser *conhecido e provado*, e um que se funda na experiência e no bom senso. No crime, é a circunstância acessória, que a ele se liga, e que, por essa conexão, concorre para chegar-se à conclusão de que foi cometido, que a pessoa é o autor, que ocorreu desse modo, etc. Noutras palavras: ele se refere ao fato, à autoria, às circunstâncias dele.”

⁴⁰³ “Art. 126. Para a decretação do seqüestro, bastará a existência de indícios veementes da proveniência ilícita dos bens. (...) Art. 134. A hipoteca legal sobre os imóveis do indiciado poderá ser requerida pelo ofendido em qualquer fase do processo, desde que haja certeza da infração e indícios suficientes da autoria. (...) Art. 408. Se o juiz se convencer da existência do crime e de indícios de que o réu seja o seu autor, pronuncia-lo-á, dando os motivos de seu convencimento.”

⁴⁰⁴ Exposição de Motivos - VII: “... nem é prefixada uma *hierarquia* de provas: na livre apreciação destas, o juiz formará, honesta e lealmente, a sua convicção. (...) Todas as provas são relativas: nenhuma delas terá, *ex vi legis*, valor decisivo, ou necessariamente maior prestígio que outra. Se é certo que o juiz fica adstrito às provas constantes dos autos, não é menos certo que não fica subordinado a nenhum critério apriorístico no apurar, através delas, a verdade material.”

e quais devem merecer maior atenção por parte do julgador. Ao contrário, em cada caso concreto, o julgador deve examinar detalhadamente todas as provas, entre elas os indícios e verificar a credibilidade que poderá lhe imputar. Por vezes, um indício aparentemente traz em seu âmago a definição do caso, e em contrapartida surge um contra-indício ou indício negativo, tal como o álibi, ou um outro tipo qualquer de prova, e invalida a anteriormente colhida. Portanto, o valor a ser creditado ao indício deve estar diretamente relacionado à capacidade em provocar um grau de certeza no espírito do julgador. É preciso demonstrar a íntima correlação entre o indício e o fato concreto. “Sua configuração intelectual, como raciocínio lógico, é insuficiente para um juízo de condenação.”⁴⁰⁵

Por outro lado, não podemos esquecer que os indícios surgem, também, de entendimentos equivocados, ou de posicionamentos radicais advindos do próprio julgador, ou até mesmo do legislador, levando a presunções absurdas.⁴⁰⁶ Tal assertiva pode ser comprovada com a leitura dos “Indícios exteriores pelos quais se reconhecem os hereges”, propugnado por Nicolau Eymerich, que numa tentativa de demonstrá-los aos inquisidores lança-se à tarefa de enumerá-los.⁴⁰⁷ O Inquisidor, contudo, não comete o equívoco de ser taxativo, deixando ainda espaço para a interpretação: “...existe indício exterior de heresia toda vez que houver atitude ou palavra em desacordo com os hábitos comuns dos católicos”,⁴⁰⁸ ou seja, possibilitou total discricionariedade ao julgador e o resultado óbvio de tais exageros são os recorrentes erros judiciários, os abusos e as torturas perpetradas durante a Inquisição.⁴⁰⁹

Dentro desse contexto, importante é verificar se o exercício do direito ao silêncio pode ser considerado um indício. Malatesta, após fazer minuciosa análise de diversos tipos de indícios e de tirar conclusões sobre cada um, examina o silêncio em alguns de seus matizes. Segundo ele, o silêncio pode ser um indício fraco, mas pode

⁴⁰⁵ PERES, Onir de Carvalho. Prova – essência do processo, p. 439.

⁴⁰⁶ Vide a respeito da lógica deformada do processo dedutivo, CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale*, p. 51-52. No mesmo sentido, vide TARUFFO, Michele. *Senso comum, experiência e ciência no raciocínio do juiz*, p. 18.

⁴⁰⁷ EYMERICH, Nicolau. *Manual dos inquisidores*, p. 128-135.

⁴⁰⁸ EYMERICH, Nicolau. *Manual dos inquisidores*, p. 129.

⁴⁰⁹ Sobre o tema vide capítulo referente à evolução do direito ao silêncio.

também ocultar outras intenções que não a de tentar safar-se da imputação pelo crime perpetrado. Sob o manto do silêncio podem ocultar-se as mais díspares situações, algumas nobilíssimas, como a ocultação por amor, do verdadeiro autor do fato, outras reveladoras de medo, entre outros sentimentos, tornando impossível a condenação de alguém baseada a decisão apenas nesse indício. Partilha do mesmo entendimento boa parte da doutrina e jurisprudência.⁴¹⁰

Ocorre, porém, que a interpretação citada não possibilita deduzir seja o silêncio um dos tipos deste instituto. Isto porque

...o silêncio não pode ser objeto de valoração jurisdicional, porque não constitui prova, no sentido jurídico do termo. Significa, tão-somente, que o imputado optou, no exercício de sua autodefesa, por deixar de fornecer sua versão pessoal sobre os fatos que são objeto de prova (...) e o que deve ser objeto de investigação probatória é a imputação, e não o que o interrogado disse.⁴¹¹

De acordo com Tornaghi, quando o legislador permite que o silêncio do acusado possa ser interpretado em seu desfavor, não está possibilitando ao julgador a interpretação de um meio de prova. O que ocorre neste caso é a possibilidade do juiz expor uma argumentação de prova. Portanto, meios de prova não devem ser confundidos com argumentos ou razões de prova, os quais se constituem nas “...afirmações que se inferem dos meios de prova, dos indícios ou até das atitudes de qualquer dos sujeitos do processo.”⁴¹²

Outrossim, o silêncio não pode ser tomado como sendo o fato conhecido e provado que tem o condão de levar, por dedução (ou indução), ao fato desconhecido e a ser comprovado, ou seja, ao fato probando.

⁴¹⁰ Conforme MALATESTA, Nicola Framarino dei. *A lógica das provas em matéria criminal*, v.1, p. 274-276. No sentido de que o silêncio é sempre um indício de resistência ao pleito ministerial, vide BARBIERO, Lourival Geraldo. *O direito constitucional do réu ao silêncio e suas conseqüências*, p. 222-224; no mesmo sentido vide MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*, v.2, p. 298; vide também Apelação nº 772.707: “Inquérito policial. Silêncio do réu. Indício de veracidade das acusações. Entendimento: o silêncio do réu na fase do inquérito policial, negando-se a responder às perguntas formuladas pela autoridade policial, é um sério indício de que as acusações são verdadeiras, visto que, uma pessoa inocente, quando acusada injustamente da prática de um delito, procura, de todas as formas possíveis, demonstrar a inveracidade das acusações que lhe foram lançadas.” (TACRIM-SP - 6ª Câmara, rel. juiz Almeida Braga, j. 20.1.93, v.u). No mesmo sentido vide apelações criminais nº 981.431\1, 310.674\3, 1.035.429\3 (RJDTACRIM 33\218).

⁴¹¹ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; MORAES, Maurício Zanoide. *Direito ao silêncio no interrogatório*, p. 140-141.

⁴¹² TORNAGHI, Hélio Bastos. *Instituições de processo penal*, v.3, p. 422.

Disso se infere que o silêncio, em si mesmo, nada prova, uma vez que ele não é um meio de prova, ou seja, para que o silêncio pudesse ser acatado como sendo o fato conhecido e provado, haveria necessidade de entendê-lo e de ser possível comprovar o seu significado, entender sua essência e só então aplicar o silogismo que levaria à conclusão acerca do fato probando. Proceder de forma diversa seria no mínimo temerário, porquanto o grau de (in)certeza que se tem da ligação entre o silêncio e a busca pela aparência de verdade é uma incógnita, para não dizer nenhuma. Neste sentido, o silêncio é um nada; e do nada, nada pode decorrer, ou seja, ele não tem qualquer força somatória para acrescer algo em um raciocínio; e o que dele for assim interpretado é mera lavra cerebrina.

Da mesma forma que os indícios, as presunções decorrem de dedução lógica, ou seja, a partir da comprovação da existência de um fato pode o julgador, através do raciocínio, chegar à conclusão de outro.

Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart argumentam no sentido de que “...a idéia das presunções parte do exame de que o conhecimento de certos fatos pode ser induzido da verificação de um outro fato, ao qual, normalmente, aquele primeiro está associado. Ou seja, partindo-se da convicção de ocorrência de um certo fato, pode-se, por dedução lógica, inferir a existência de outro fato, já que, comumente, um decorre do outro ou devem, ambos, acontecer simultaneamente.”⁴¹³

Aparentemente, o conceito pode levar a que seja feita uma certa confusão entre a presunção e o indício, mas os institutos são distintos, residindo a diferença em que “...o indício é o fato indicativo e a presunção o fato indicado. A embriaguez é o indício de periculosidade: a embriaguez é o fato indicativo, o indício; a periculosidade é o fato indicado, presumido: há uma presunção de periculosidade. A menoridade é indício de imadureza, de incapacidade. Presume-se a incapacidade do menor. O indício é a menoridade; a presunção, a incapacidade.”⁴¹⁴

⁴¹³ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Do processo de conhecimento : arts. 332 a 363, p. 134-135.

⁴¹⁴ TORNAGHI, Hélio Bastos. *Instituições de processo penal*, v.4, p. 165. No mesmo sentido, vide NORONHA, E. Magalhães. *Curso de direito processual penal*, p. 133.

A presunção pode apresentar-se de duas maneiras, dependendo da fonte que a origina: legal, quando prevista em lei pelo legislador; e judicial se, decorrer do raciocínio dedutivo do juiz.

Segundo Carnelutti, nas presunções legais o legislador não outorgou ao julgador a sua avaliação, mas, ao contrário, fixou seus critérios na própria legislação, determinando o âmbito de sua eficácia e o critério para sua valoração. Ou seja, o legislador de antemão determinou a consequência de encontrar-se provado o fato anterior, prescindindo do raciocínio dedutivo do juiz e impondo o acatamento daquele fato como comprovação do fato probando. E como as presunções legais dividem-se em absolutas e relativas,⁴¹⁵ o grau de acatamento da presunção é proporcionalmente vinculado à equivalência probatória que o legislador pretendeu lhe dar.

Assim, a presunção absoluta, ou *juris et jure*, não admite prova em contrário, o que equivale a dizer que o legislador não deixou ao arbítrio do juiz acatar ou rejeitar dita presunção, pois o próprio texto legal determina sua força probatória, ou seja, uma vez ocorrida hipótese legalmente prevista, o julgador está adstrito a acatar o fato como tendo sido provado.

A finalidade da inserção de tal instituto no ordenamento jurídico funda-se no critério de prevenção de determinadas situações, às quais o legislador entendeu serem

⁴¹⁵ De acordo com ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil* : processo de conhecimento. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2000. v.2. p. 597: “Na *presunção relativa*, provado o fato auxiliar ou base, o fato probando será tido por verdadeiro. Por isto, conquanto deva haver atividade probatória, esta não necessita (por parte do beneficiário da presunção) de se endereçar para o fato presumido, tanto bastando que o fato auxiliar seja provado. *Verbi gratia*, se o devedor pretende ter pago a 9ª prestação (é a prestação que se discute) e juntar o recibo da 10ª, por força do art. 943 do CC, a 9ª será tida como paga. No entanto, apesar disto, é possível ao credor comprovar que, conquanto esteja paga a 10ª, a 9ª prestação não se encontra paga. A atividade do devedor pode se endereçar, só para o fato auxiliar, ao passo que a do credor há de se dirigir, necessariamente, para o fato presumido, diante da circunstância de estar provado o fato auxiliar. Já tratando-se da presunção absoluta, provado o fato auxiliar, é juridicamente irrelevante a prova da inocorrência do fato presumido, que, no sistema jurídico, será sempre tido como existente e verdadeiro (v.g., art. 150 do CC). *Dai não há de ser admitida mesmo tal prova*. Desta forma, no campo da presunção absoluta a atividade probatória deve-se exercer, de lado a lado, exclusivamente, tendo em vista o *fato auxiliar*. Ainda que se pudesse comprovar a inexatidão do *fato presumido*, apesar da existência do fato auxiliar, *valeria a verdade do fato presumido*; leva esta proposição jurídica à conclusão da inutilidade, e, portanto, inadmissibilidade de qualquer atividade probatória, tendo em vista o fato probando, propriamente dito.” Vide também ROSENBERG, Leo. *La carga de la prueba*. Tradução de: Ernesto Krotoschin. Buenos Aires : Ediciones Jurídicas Europa-America, 1956. p. 203-218:

de difícil comprovação e por outro lado, representam o que normalmente acontece, necessitando de amparo jurídico. Embora a prova seja um instituto de direito processual, a presunção legal absoluta incide também em relação ao direito material, uma vez que comprovada sua ocorrência, está encerrada a questão probatória e, por outro lado, há a sua inserção no âmbito da própria norma que a previu.⁴¹⁶

A presunção legal relativa ou *juris tantum*, é aquela que admite prova em contrário, ou seja, em princípio o legislador entendeu que uma vez comprovada a existência de determinado fato, a conclusão a que deveria chegar o julgador seria a estabelecida pela legislação, que seria a ocorrência do fato probando, mas não vedou a possibilidade de ser carreada aos autos prova capaz de refutá-la.

Na presunção relativa, uma das partes é beneficiada no sentido de que a própria legislação a isentou da comprovação do fato. Cabe, portanto, à outra parte, apresentar prova capaz de refutar dita presunção. Outrossim, com a presunção relativa o legislador possibilitou a alteração do ônus da prova, ou seja, uma parte tem uma presunção que milita em seu favor, cabendo-lhe, portanto, comprovar apenas a existência daquele primeiro fato autorizador da presunção. A outra parte, seja a defesa ou a acusação, fica com o ônus de fazer a contra-prova, excluindo-a. Portanto, não ocorre inversão do ônus da prova, mas simples alteração, uma vez que pode caber a montagem da contra-prova exatamente àquela parte a quem competia o ônus da prova, advindo daí seu caráter meramente alterador.⁴¹⁷

Por seu turno, nas presunções jurídicas, também chamadas simples ou *praesumptiones hominis* ou ainda *facti* não há, em princípio, intervenção do legislador, ou seja, são

...aquelas de que o juiz, como homem se utiliza no correr da lide para formar sua convicção, exatamente como faria qualquer raciocinador fora do processo. Quando, segundo a experiência que temos da ordem *normal* das coisas, um fato constitui causa ou efeito de outro, ou de outro se acompanha, nós, conhecida a existência de um dos dois, presumimos a

⁴¹⁶ Conforme CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de direito processual civil*, p. 655-662.

⁴¹⁷ Vide a respeito MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Do processo de conhecimento* : arts. 332 a 363, p. 143-144 e CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de direito processual civil*, p. 663-665.

existência do outro. A presunção equivale, pois, a uma convicção fundada sobre a ordem normal das coisas e que dura até prova em contrário.⁴¹⁸

Portanto, é nesse tipo de presunção que o julgador exercita seu raciocínio dedutivo, ou seja, existe nos autos a comprovação da incidência de um fato, e este normalmente vem ligado a outro, o que permite a ele concluir pela existência do fato probando. Por outras palavras, o julgador, a partir de um indício, infere uma presunção.

As presunções *hominis* podem resultar de máximas de experiência, ou seja, de regras de experiência técnica ou regras de experiência comum.⁴¹⁹ Surge então a questão da valoração destas presunções, que exigem maior cuidado em relação às legais, uma vez que estas têm, por meio do próprio texto legal, a determinação de sua definição e limites.

Assim, não há um critério seguro que indique ao julgador como valorar a presunção *hominis*. De acordo com o princípio do livre convencimento, cabe ao julgador determinar o valor que atribuirá à prova indiciária. Mas tal valoração não pode ser usada arbitrariamente, uma vez que cabe ao juiz apreciá-la prudentemente, cotejando-a com as demais provas carreadas aos autos e sob o império do contraditório, a fim de que tais regras de experiência, efetivamente, sejam aportes “...de um grau adequado de validade cognitiva.”⁴²⁰

Assim, a força e o valor probatório da prova indiciária, apesar do livre convencimento do juiz, deve respeitar os seguintes aspectos: o intensivo e o extensivo.

Pelo segundo critério (extensivo), é imprescindível que a presunção seja apta a demonstrar a *totalidade* do fato probando (daquele fato principal, que se pretende provar). E, para satisfazer ao outro critério (intensivo), depende o indício da demonstração de que aquele

⁴¹⁸ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Tradução de: Paolo Capitanio. Campinas : Bookseller, 1998. v.3, p. 165.

⁴¹⁹ Segundo RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de direito processual civil*, p. 189-190: “As regras de experiência técnica (...) não são angariadas de um conhecimento comum, mas sim específico, em alguma ciência, arte, ofício, etc. (...) Já as regras de experiência comum são aquelas que se desenvolvem e se adquirem pela aglutinação do senso comum, da observação daquilo que ordinariamente acontece. Enfim, faz parte da cultura normal do juiz de que serão livremente aplicadas no conjunto probatório, independentemente de prova das mesmas. Assim, as regras de experiência comum não se constituem em objeto de prova, mas sim faz parte da persuasão racional do juiz na formação do livre convencimento motivado.”

⁴²⁰ TARUFFO, Michele. *Senso comum, experiência e ciência no raciocínio do juiz*, p. 19.

fato (indiciário) não pode decorrer outro fato que não seja aquele que se deseja provar. Sucede, então, que a demonstração, pela parte contrária, de que o indício não cobre a totalidade do fato probando ou ainda de que daquele fato secundário podem advir outros fatos que não o principal, é elemento suficiente para abalar a credibilidade da presunção formada - e quanto mais forte se torna esta demonstração, menos razoável se apresenta a presunção.⁴²¹

Por outro lado, ao juiz compete fundamentar detalhadamente sua decisão explicando os motivos do acatamento de algumas provas em detrimento de outras, assim, quando acata uma máxima de experiência, compete-lhe um aprofundamento ainda maior, para a demonstração de que não foi uma decisão arbitrária.

De acordo com Giovanni Leone,⁴²² a prova indiciária é classificada como prova indireta, e apenas isto já determina sua insuficiência frente à prova direta. Segundo ele, o juiz não pode retirar do chamado comportamento processual do imputado, elementos decisivos para seu julgamento. Isto porque há que se considerar que liberdade de defesa é também liberdade de mentir, de contradizer-se, enfim, há a necessidade de uma valoração psicológica acerca do drama humano inerente ao processo. É possível uma valoração da sinceridade do imputado baseado em seu comportamento, mas isto não pode constituir o fundamento da responsabilização criminal.

O juiz deve inspirar-se em um profundo sentimento de humildade frente ao desconhecido e, portanto, não deve permitir continue sendo vítima da sugestão de alcançar a todo custo o conceito de verdade, especialmente quando em confronto com os inexploráveis limites do conhecimento humano.

Há que se reconhecer, por outro lado, a precariedade dos instrumentos que a natureza oferece para comprovar a verdade, rechaçando os critérios de aproximação, o que poderia resultar em algo deplorável. Afinal, há o *non liquet* (não está claro) dos romanos, o *in dubio pro reo* dos tempos mais recentes e, finalmente, o princípio liberal de que *é melhor cem delinquentes livres, que um inocente encarcerado*. Tais adágios devem se constituir na grande diretiva do juiz, tendo em mente que o erro judicial é

⁴²¹ MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. Do processo de conhecimento : arts. 332 a 363, p. 142.

⁴²² Conforme LEONE, Giovanni. *Tratado de derecho procesal penal*, v.2, p. 167-168.

um inevitável produto da imperfeição dos instrumentos humanos de conhecimento, mas é um fato de tal gravidade que é preciso evitá-lo por todos os meios.⁴²³

Surge então a questão nodal: se o silêncio pode levar o juiz ao entendimento ou à presunção de culpabilidade do acusado, como afirmado expressamente no Código de Processo Penal. A resposta de tal questionamento (não por dedução ou indução) repousa no fato de que o silêncio não pode ser aceito como um indício, conforme comprovado. Se o silêncio não é um indício, não há possibilidade de que dele advenha uma presunção. Há total inviabilidade do silogismo pelo qual o juiz deduz, uma vez que falta a premissa que possibilita a conclusão.⁴²⁴

Por outro lado, o julgador não poderia embasá-la no adágio popular segundo o qual *quem cala consente*, porquanto inúmeras variáveis podem influir na questão, levando-o a um falso silogismo.

Também se pode observar que a presunção de culpabilidade embasada no silêncio é inviável, uma vez que não satisfaz os critérios extensivo e intensivo, propugnada por Marinoni e Arenhart. Quanto ao extensivo, vê-se que a presunção de culpabilidade não tem o condão de demonstrar a integralidade do fato probando e, em relação ao intensivo, tendo o silêncio como fato indiciário, não há meios de comprovar que apenas a hipótese que se deseja provar possa ter decorrido deste. Afinal, o silêncio, aqui, é o não-ser. Não há forma de, a partir do silêncio, como indício, chegar à presunção de culpabilidade do acusado.

Assim, se o silêncio não pode ser considerado um indício, não há a premissa necessária para que o raciocínio dedutivo possa se desenvolver e resultar numa presunção de culpabilidade.

⁴²³ Conforme LEONE, Giovanni. *Tratado de derecho procesal penal*, v.2, p. 167-168. Vide também sobre a valoração da prova indiciária MITTERMAIER, C. J. A. *Tratado da prova em matéria criminal*, p. 337-339; ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil : processo de conhecimento*, p. 601 -602; BARROS, Romeu Pires de Campos. *Sistema do processo penal*. Rio de Janeiro : Forense, 1987. p. 532-543.

⁴²⁴ Em sentido contrário vide CORRÊA, Márcia Maria de Barros. O direito ao silêncio no processo penal. *Revista Literária de Direito*, São Paulo, n. 36, p. 27-28, jul./ago. 2000. p. 28: “Desse modo, silenciar-se quando da situação de acusado, a interpretação não poderá vir de modo positivo, mas sim, como um sintoma de culpabilidade.”

CAPÍTULO 6 O DIREITO AO SILÊNCIO NO INTERROGATÓRIO

6.1 O INTERROGATÓRIO

6.1.1 Conceito e Características

O vocábulo interrogatório provém da palavra latina *interrogare* (*inter*, cujo significado é *entre* e *rogare* que significa *pedir*)⁴²⁵ e é sinônimo de “...perguntar, interpelar, inquirir, indagar...”⁴²⁶ Sua origem remonta ao sistema inquisitorial, uma vez que

...as perguntas ao réu não estavam na prática do processo. É certo que, na legislação romana, vemos um texto de Marciano, referindo um édito de Antônio Pio, ordenando aos irenarchas que, quando prendessem ladrões, os interrogassem sobre os sócios, e receptadores (Dig., *de custodia reorum*, L. 6, § 1º); mas, tudo se limitava a este caso. Foi, pois, a forma inquisitorial que, no intuito de obter a confissão do indiciado, isto é, no afã de terminar incertezas generalizou a tortura e criou interrogatórios sucessivos. O Juiz podia fazer perguntas ao réu, em qualquer estado da causa, uma e mais vezes.⁴²⁷

Foi, portanto, o processo inquisitorial que tornou o interrogatório o ponto crucial da instrução criminal.⁴²⁸ Desta forma, no direito processual brasileiro, este é o maior momento da autodefesa, uma vez que ao responder as perguntas feitas, o interrogado também pode se defender.

O interrogatório pode ser conceituado como sendo o depoimento prestado pelo acusado ou indiciado à autoridade policial, ou ao juiz, por meio do qual ele pode responder às indagações feitas acerca do fato criminoso que lhe está sendo imputado e

⁴²⁵ Conforme ROMEIRO, Jorge Alberto. *Considerações sobre o conceito do interrogatório do acusado*, p. 44.

⁴²⁶ MÉDICI, Sérgio de Oliveira. O Interrogatório do réu e direito ao silêncio, p. 303.

⁴²⁷ ALMEIDA JUNIOR, João Mendes. *O processo criminal brasileiro*, v.2, p. 105-106.

⁴²⁸ Segundo CARVALHO, Amilton Bueno de. Nós, juízes, inquisidores (ou da não presença do advogado no interrogatório). In: BONATO, Gilson (Org.). *Direito penal e processual penal : uma visão garantista*. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2001. p. 1-11. p. 3: “Aliás, a história inquisitorial demonstra à saciedade, como a instrução processual é dirigida basicamente ao interrogatório, com a procura da extração da ‘verdade máxima’, inclusive com o uso de técnicas sofisticadas de tortura.”

de suas circunstâncias.⁴²⁹ “Assim, em sintéticos termos jurídicos, o *interrogatório processual penal* pode ser conceituado como o ato processual penal consistente na oitiva do ‘argüido’ (indiciado ou acusado) por um órgão público, durante um procedimento oficial de natureza processual penal.”⁴³⁰

O art. 185 do Código de Processo Penal determina que o acusado ao apresentar-se perante o juiz para ser interrogado, deve inicialmente ser qualificado e, após, ser interrogado. Outrossim, a legislação processual penal parece pugnar no sentido de que a qualificação não é parte integrante do interrogatório, uma vez que sua função é apenas determinar se a identidade física do acusado ali presente coincide com a do indivíduo ao qual está sendo imputada a prática da infração penal.⁴³¹ Isto ocorre pelo fato de que a identificação do indiciado ou acusado pode ser feita por diversos meios, inclusive mais eficazes que seu depoimento, tais como a fotografia, a verificação datiloscópica e, persistindo a dúvida, por intermédio de outros meios periciais mais sofisticados.

Já o art. 188, do estatuto processual, fornece os subsídios para a realização do interrogatório. Nos oito incisos que se seguem, encontram-se alguns questionamentos a serem feitos ao acusado, os quais versam a respeito do fato criminoso a ele imputado, bem como sobre as circunstâncias e motivos que determinaram a prática do ato. Cabe, entretanto, ao acusado, esclarecer o fato por meio de outras informações que

⁴²⁹ Segundo MARQUES, Jose Frederico. *Elementos de direito processual penal*, v.2, p. 297: “Consiste o interrogatório em declarações do réu resultantes de perguntas formuladas para esclarecimento do fato delituoso que se lhe atribui e de circunstâncias pertinentes a esse fato.”

⁴³⁰ RAMOS, João Gualberto Garcez. *Audiência processual penal : doutrina e jurisprudência*, p. 256.. No mesmo sentido vide TOURINHO FILHO. *Processo penal*, v. 3, p. 245: “Convém esclarecer, contudo, que, no inquérito, o interrogatório é levado a cabo pela Autoridade Policial. Muito embora o art. 6º, V, do CPP fale em ‘ouvir o indiciado’, tal expressão foi usada pelo legislador, não pelo fato de não poder a Autoridade Policial proceder ao interrogatório. E tanto é certo que, no art. 304, ao tratar do flagrante, o legislador usou a expressão ‘interrogatório’.” No sentido de que o termo interrogatório pode ser utilizado apenas para o depoimento do acusado ao juiz vide ARANHA, Adalberto Q. T. de Camargo. *Da prova no processo penal*, p. 92-93: “Depois é tipicamente judicial, pois somente o juiz pode interrogar o acusado. No decorrer do inquérito policial o indiciado é ‘ouvido’ e não ‘interrogado’, como deixou claro o art. 6º, V, do Código de Processo Penal.”

⁴³¹ No sentido de que a qualificação não integra o interrogatório vide ROMEIRO, Jorge Alberto. *Considerações sobre o conceito do interrogatório do acusado*, p. 44-45. Em sentido contrário, entendendo que a identificação é parte integrante do interrogatório vide MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*, v.2, p. 297.

considere pertinentes, uma vez que o referido artigo não traz uma fórmula sacramental, fechada e obrigatória para a realização do interrogatório, mas, ao contrário, o dispositivo trata apenas de algumas diretrizes norteadoras para o balizamento do juiz em tal mister.

De acordo ainda com o Código de Processo Penal, o acusado pode ser interrogado no Inquérito Policial (art. 6º, V), no auto de flagrante (art. 304), após o recebimento da denúncia ou queixa (art. 394), no julgamento pelo Tribunal do Júri (art. 465), no Tribunal (art. 616), em qualquer fase do processo, caso seja preso ou se apresente espontaneamente (art. 185), ou a critério do juiz quando entender pela necessidade da repetição do ato (arts. 196 e 502).

Assim, pela sistemática adotada pelo atual diploma processual penal, o interrogatório foi erigido a um dos atos probatórios mais importantes do processo criminal, uma vez que é a partir dele que o julgador entra em contato direto com o acusado, no intuito de obter a (ou uma pretensa) verdade dos fatos.

No entanto, a partir da atual Constituição Federal, e máxime do devido processo legal, o interrogatório deve ser visto como o ato pelo qual garante-se ao acusado a mais larga possibilidade de manifestar sua autodefesa, esclarecendo sua versão sobre os fatos e, destarte, ajudando na aproximação com a verdade.

Constitui-se, por conseguinte, em um ato personalíssimo, não cabendo representação por procurador já que “...o acusado, como regra, é aquele que tem o domínio, quase sempre exclusivo, do fato, com todas as suas circunstâncias; ele é quem sabe o por quê e como tudo ocorreu (acrescente-se, ainda, que o número de delitos que se dão ‘às escondidas’ – leia-se ausente testemunhas – é espetacular): o antecedente e o presente!”⁴³²

Dispõe o art. 187, ainda, que o defensor ou o procurador presente ao interrogatório do acusado não poderá *influir*,⁴³³ nem intervir, sendo sua função, no

⁴³² CARVALHO, Amilton Bueno de. Nós, juizes, inquisidores (ou da não presença do advogado no interrogatório), p. 3.

⁴³³ Talvez aqui resida o temor da entrevista com seu advogado adremente ao interrogatório. Afinal, com sua intervenção ele pode orientar o acusado acerca de seus direitos, e até do mais gravoso deles: o direito ao silêncio, e inviabilizar a esperada confissão.

caso, meramente assecuratória da inocorrência de abusos por parte da autoridade judicial (ocorrendo a mesma situação durante a oitiva do suspeito ou indiciado no Inquérito Policial).⁴³⁴ É um ato no qual o juiz faz as perguntas e o acusado responde, complementando-as se quiser com outras informações que considere pertinentes. Por óbvio, o órgão acusador também não participa, embora deva estar presente.

Nesse ponto, reside questão de vital relevância para a legitimidade do instituto: é obrigatória a presença do advogado durante o interrogatório? Os posicionamentos divergem. Aqueles que acatam o posicionamento no sentido de que tal presença é prescindível, argumentam que é ato privativo do juiz⁴³⁵ e que a legislação determina a necessidade de nomear um defensor ao réu que não disponha de patrono somente após a realização do interrogatório (absurdo diante da atual Constituição Federal), buscando fundamento no fato de que uma das perguntas feitas durante o interrogatório é exatamente se o acusado dispõe de advogado para que, no caso contrário, o juiz nomeie algum para defendê-lo (arts. 263 e 266).⁴³⁶ Além disso, o Código determina (art. 394) que o juiz após o recebimento da denúncia ou queixa, proceda apenas à citação do réu e à notificação do Ministério Público, do querelante e do assistente, omitindo deliberadamente o advogado.⁴³⁷

⁴³⁴ Conforme TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*, v.2, p. 396-397: “O CPP distingue as figuras do defensor, procurador e curador, como se vê pela leitura dos arts. 261, 262, e 577. Quando o defensor for constituído pelo imputado, ou por meio do competente instrumento procuratório, ou mesmo quando por ele indicado por ocasião do interrogatório, e então se dispensa a procuração, nos termos do art. 266 do CPP, fala-se tecnicamente em ‘procurador’. Se, porventura, o imputado, pouco importando seja ele pessoa abastada, não constituir defensor nem o indicar por ocasião do seu interrogatório, deverá o Juiz (dever jurídico) nomear-lhe um, nos termos do art. 263 do mesmo estatuto. Fala-se aí em ‘defensor’.”

⁴³⁵ Vide posicionamento de CARVALHO, Amilton Bueno de. Nós, juízes, inquisidores (ou da não presença do advogado no interrogatório), p. 8: “E o discurso de que o ato é privativo do juiz – logo, desnecessária a presença do advogado – é medieval: repito, não se admite coleta de prova sem o contraditório.”

⁴³⁶ Nesse sentido vide PEDROSO, Fernando de Almeida. *Processo penal, o direito de defesa* : repercussão, amplitude e limites. Rio de Janeiro : Forense, 1986. p. 163-165. No mesmo sentido vide NORONHA, E. Magalhães. *Curso de direito processual penal*, p. 108.

⁴³⁷ Conforme CARVALHO, Amilton Bueno de. Nós, juízes, inquisidores (ou da não presença do advogado no interrogatório), p. 9: “Ora, o ato é tão importante, mas tão importante, que o ACUSADOR deve ter ciência, mas a defesa NÃO: eis o medieval inquisitório. Aqui, agressão ao princípio da isonomia.”

Outro argumento no mesmo sentido reside no fato de que no interrogatório há a proibição legal da intervenção do advogado e, assim sendo, do efetivo exercício da defesa técnica (não passando o advogado de mero espectador do ato); cabe apenas ao acusado nesse momento, exercer a autodefesa.⁴³⁸

Tal postura encontra guarida na ideologia que originou o atual Código de Processo Penal, o qual foi elaborado durante um período ditatorial, após o golpe de 1937, durante o chamado *Estado Novo*, quando Getúlio Vargas, líder político do movimento, pregava a necessidade de um regime forte, autoritário, sob o pretexto de que somente desta forma promoveria a reconstrução da nação e a luta contra o comunismo. Nesse período, entre outras medidas ditatoriais, ocorreu a dissolução do Congresso Nacional, o estabelecimento de interventores para governar os Estados-Membros, o controle policial, a censura sobre as manifestações intelectuais, bem como a total suspensão das liberdades civis. Vargas utilizou todos os meios possíveis para aumentar seu domínio pessoal e, dessa forma, centralizar o poder em suas mãos, eliminando todos os obstáculos à consecução de seus objetivos.⁴³⁹

Com efeito, o exame da Exposição de Motivos do Código de Processo Penal⁴⁴⁰ já denota a ideologia existente naquele período, bem como explicita a influência do pensamento positivista que imperava no início do século sobre o legislador de 1941. A preocupação em fornecer instrumentos para a sobrepujança do Estado com seu poder

⁴³⁸ Conforme GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 6. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1998. p. 77: “A defesa no processo penal, apresenta-se sob dois aspectos: defesa técnica e autodefesa. A primeira é sem dúvida indisponível, na medida em que, mais do que garantia do acusado, é condição de paridade de armas, imprescindível à concreta atuação do contraditório e, conseqüentemente, à própria imparcialidade do juiz. Por isso, a Constituição de 1988 considera o advogado indispensável à administração da Justiça (art. 133) e estrutura as defensorias públicas (art. 134). (...) Já a autodefesa, não podendo ser imposta ao acusado, é considerada renunciável por este. (...) cumpre salientar que se compõe ela de dois aspectos, a serem escrupulosamente observados: o direito de audiência e o direito de presença. O primeiro traduz-se na possibilidade de o acusado influir sobre a formação do convencimento do juiz mediante o *interrogatório*. O segundo manifesta-se pela oportunidade de tomar ele posição, a todo momento, perante as alegações e as provas produzidas, pela imediação com o juiz, as razões e as provas.”

⁴³⁹ LOPEZ, Luiz Roberto. *História do Brasil contemporâneo*, p. 86-92.

⁴⁴⁰ Convém lembrar o nome dos integrantes da Comissão que redigiu o projeto deste Código de Processo Penal, os festejados heróis jurídicos nacionais: Vieira Braga, Nelson Hungria, Narcélio de Queiroz, Roberto Lyra, Florêncio de Abreu e Cândido Mendes de Almeida.

de reprimir (pretensamente em benefício da sociedade), mesmo à custa da supressão de direitos individuais, está ínsita no seu item II:

As nossas vigentes leis de processo penal asseguram aos réus, ainda que colhidos em flagrante ou confundidos pela evidência das provas, um tão extenso catálogo de garantias e favores, que a repressão se torna, necessariamente, defeituosa e retardatória, decorrendo daí um indireto estímulo à expansão da criminalidade. Urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre a tutela social. Não se pode continuar a contemporizar com pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum. (...) Este o critério que presidiu a elaboração do presente projeto de Código. No seu texto, não são reproduzidas as fórmulas tradicionais de um mal-avisado favorecimento legal aos criminosos. (...) É restringida a aplicação do *in dubio pro reo*.

Um outro dado relevante nesta seara é a influência exercida pelo Código de Processo Penal italiano de 1930 (o qual entrou em vigor durante o governo de Benito Mussolini) sobre nossa legislação.⁴⁴¹ Verifica-se, portanto, que se trata de legislação elaborada sob o influxo de ideais fascistas e, por conseguinte, claramente voltada para a proteção dos interesses estatais, para a manutenção do regime ditatorial, o qual evidentemente mostra-se incompatível com o regime de proteção aos direitos individuais fundamentais ora assegurados.

A tentativa de retomada do regime democrático, (re)inaugurado desde 1988, estabeleceu entre os direitos individuais fundamentais o devido processo legal, o contraditório, a ampla defesa, o princípio segundo o qual todas as pessoas presas têm direito a serem assistidas por advogado (e que obviamente se estende a qualquer pessoa que se submete a qualquer tipo de interrogatório) e a essencialidade do advogado para a administração da justiça (art. 133). Disso decorre que as regras do Código de Processo Penal somente podem ser interpretadas sob a perspectiva da Constituição Federal em vigor, afastando-se, por óbvio, tudo quanto for incongruente com a Carta Magna.

⁴⁴¹ Conforme NUCCI, Guilherme de Souza. *O valor da confissão como meio de prova no processo penal*, p. 148.

Dessa forma, da leitura e interpretação do art. 5º, LXIII, da Constituição Federal, verifica-se que é imprescindível que haja um advogado acompanhando o acusado durante o interrogatório.⁴⁴²

Mas não basta a assistência meramente formal para que o preceito constitucional seja obedecido. Haverá total descumprimento caso o juiz nomeie *ad hoc* qualquer advogado que se encontre pelos corredores do Fórum, para que apenas assista ao interrogatório e assine o termo, visando unicamente afastar a hipótese de nulidade. Nesses casos, o mais das vezes, o advogado sequer sabe da imputação feita ao acusado. Ele o vê apenas naquela oportunidade e siderado assiste ao interrogatório, fazendo-o geralmente como uma gentileza para os juízes, ou para colaborar com a pontualidade das audiências, sem dispor de meios para atuar efetivamente na defesa (ou mesmo sem se preocupar) do quase sempre angustiado acusado.

Por conseguinte, a existência da defesa formal não tem o condão de afastar a nulidade.⁴⁴³ Somente a defesa efetiva (a ampla defesa), sendo esta entendida como a junção da defesa técnica com a autodefesa, pode afastar o ranço medieval que ainda persiste no interrogatório, ou por outras palavras,

...1. Quando o advogado não se desincumbe do encargo não se forma o *devido processo legal*, mas um encadeamento de atos procedimentais, de sabor meramente formal. A falta de efetiva e necessária defesa do acusado ofende os princípios da ampla defesa e do devido processo legal insculpidos na Constituição da República em seu artigo 5º, incisos LIV e LV, que dão base ao procedimento contraditório que informa o processo penal. 2. Não basta que o advogado esteja presente e se manifeste. É necessário que ele o faça de maneira a defender efetivamente o réu, contrapondo-se, em igualdade de condições, à acusação. Exige-se que a defesa técnica, por defensor constituído ou nomeado, se revele apta, em argumentos, a oferecer resistência à pretensão acusatória. 3. Para que se tenha materialmente uma defesa, garantidora da realização dos princípios maiores que informam o processo penal, é preciso que o defensor, no exercício do seu *munus*, garanta que o acusado influa no processo como um de seus modeladores, com o poder de criar situações processuais e reforçar sua perspectiva de sentença favorável. 4. Para se legitimar como agente público, no Estado Democrático, o juiz tem sob este prisma, uma atividade de conteúdo fiscalizador da legalidade do exercício da pretensão punitiva estatal declarando a final que a sanção requerida é possível naqueles limites e verificando a cada instante se o desenvolvimento do

⁴⁴² Nesse sentido vide GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*, p. 82-83.

⁴⁴³ Conforme CARVALHO, Amilton Bueno de. Nós, juízes, inquisidores (ou da não presença do advogado no interrogatório), p. 9: “Assim, ante grosseira, vulgar e indesculpável agressão ao sistema, o interrogatório procedido sem a presença de advogado – não apenas formal, mas aquela que orienta o acusado, - é nulo de forma absoluta...”

devido processo legal confere com tais limites. Cabe-lhe, assim, também garantir que o réu tenha uma defesa efetiva, sem a qual não está preenchida a exigência do contraditório.⁴⁴⁴

Sob a ótica do acusado, o interrogatório talvez seja o momento mais angustiante de todo o processo penal, uma vez que para ele se trata de um ritual desconhecido, composto de personagens cujas funções são ignoradas ou erroneamente interpretadas, e onde sua própria função, seus direitos e deveres, são também (e em geral) desconhecidos, no melhor estilo kafkiano,⁴⁴⁵ sendo no mínimo contraditório permitir que a ele se submeta sem a assistência de um advogado ao qual devota confiança.

Para exercer a autodefesa é fundamental que o acusado disponha, inclusive, do apoio moral que somente a presença do advogado (e que haja o desempenho efetivo da defesa) pode fornecer. É um ato para o qual ele necessita de orientação e defesa técnica e, na maioria das vezes, não dispõe sequer de condições para fazer a autodefesa já que, fatores como nervosismo, constrangimento, e até mesmo a falta de cultura podem impossibilitar a compreensão das perguntas, ou sobre a viabilidade e conveniência em apresentar sua versão dos fatos.

Além disso, poderá ocorrer a omissão de fatos relevantes à elucidação do caso penal e que passarão despercebidos ao juiz.⁴⁴⁶

Por outro lado, caso não seja propiciado a todos os indiciados e acusados, indistintamente, a entrevista anterior com o advogado, inclusive com o Estado arcando com os ônus do dativo, poderá ocorrer (ou continuar ocorrendo) uma odiosa (e recorrente) distinção: os abastados jamais comparecerão desacompanhados, enquanto os desafortunados, teoricamente os mais fragilizados para enfrentar a máquina estatal, estarão desamparados, tanto em relação à defesa técnica quanto em relação à

⁴⁴⁴ LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. Ampla defesa, contraditório e defesa efetiva. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 725, p.459-468, mar. 1996. p. 459-460. No sentido de que basta a nomeação de um defensor *ad hoc* vide MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*, v.2, p. 300: “Na falta do defensor do acusado, o juiz está obrigado a nomear pelo menos um patrono *ad hoc* para assistir à realização do interrogatório (artigos 263 e 265, parágrafo único).”

⁴⁴⁵ Vide KAFKA, Franz. *O processo*. Tradução de: Modesto Carone. São Paulo : Companhia das Letras, 1997.

⁴⁴⁶ Nesse sentido vide BARROS, Antônio Milton de. A defesa do acusado e sua intervenção no interrogatório judicial. p. 138.

autodefesa.⁴⁴⁷ Afinal, o advogado é quem tem condições de aferir qual a estratégia a ser utilizada (se falar ou calar) e orientar o acusado nesse sentido, ou mesmo para fiscalizar o ato e formular protestos face à ocorrência de irregularidades ou arbitrariedades.

Não pode, outrossim, devido à sua condição de miserabilidade, ser o acusado carente privado de orientação profissional anterior ao ato e de estar assistido por defensor durante a realização do interrogatório,⁴⁴⁸ sob pena de infringência a dogmas constitucionais, entre os quais pode estar o direito ao silêncio. E não se trata apenas dos abusos praticados pelo juiz dolosamente, mas também de possível negligência ao coletar os dados ou ainda ao reproduzir o pensamento do acusado. Podem surgir equívocos ao ouvir, ao ditar, ao datilografar e a isto acrescenta-se o fato de não ser da praxe forense determinar que o escrivão leia o teor das declarações antes de colher as assinaturas.

Outra questão relevante e que pode ser evitada com a presença do advogado durante a realização do ato é o temor reverencial que o acusado sente perante a autoridade (seja judicial ou policial). Pode ocorrer inclusive a situação na qual o depoente pretende fazer uso do direito ao silêncio, mas ser demovido pela postura da autoridade ou pela advertência quanto ao prejuízo que poderá advir dessa postura. Outro prejuízo daí decorrente pode resultar do fato do depoente “...não ter coragem, as

⁴⁴⁷ Conforme CARVALHO, Amilton Bueno de. Nós, juízes, inquisidores (ou da não presença do advogado no interrogatório), p. 10-11: “Pergunto-me: alguém de nós – juízes, promotores, advogados -, com toda a (de)formação que temos, ousaríamos comparecer a interrogatório sem antes receber orientação de advogado? Ousaríamos ser inquiridos sem a presença de defensor? Mais agressivamente: e se for réu o nosso filho? Permitiríamos a ida dele ao Foro para participar deste ato solene e simbolicamente confuso sem apoio defensivo? Alguém de nós já viu um burguês perfumado chegar até a sala de audiência desacompanhado de advogado? (...) Quem vem desacompanhado e desaconselhado são eles: os pobres, os negros, (...). Por que, então, conceder-lhes as graças da proteção democrática? Afinal, são eles os ‘outros’, não são dos ‘nossos’, não são iguais a nós. Advogado – leia-se defesa -, para eles, é-nos estorvo: dificulta a extração da ‘confissão’ – com eles (e para eles) somos inquisidores e para os nossos somos garantistas, preciosamente garantistas!”

⁴⁴⁸ Nesse sentido vide SUANNES, Adauto Alonso S. O interrogatório judicial e o art. 153, §§ 15 e 16 da Constituição Federal. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 572, p.283-290, jun. 1983, p. 288: “Ora, quem deve fixar a linha a ser seguida é o **peritus ars dicendi ac probandi**, não o próprio réu, que, em geral, é leigo. Logo, como pode o réu avaliar eventuais prejuízos à sua defesa técnica se não teve contato prévio com o advogado, que é quem fixará aquela orientação? Claro que a observação não se aplica ao réu que, mercê de sua situação econômico-financeira, tem condições de contratar, desde o inquérito policial, advogado de sua confiança. O que torna mais odiosa a diferença entre réus e réus.”

mais das vezes, de impugnar algo redigido que não coincida com seu pensamento, mesmo se lido lhe fosse o texto; e temos, tantas vezes, um divórcio entre o que foi dito e aquilo que constou como tendo sido dito. (...) E do termo passa a constar, como declaração do réu, aquilo que o réu não disse.”⁴⁴⁹

Nota-se, portanto, que o interrogatório, da forma como está colocado no Código de Processo Penal, detém explicitamente uma estrutura inquisitorial, com o juiz gerindo o ato e a proibição de intervenção da defesa (ou até mesmo acatando a sua ausência) e da acusação. Permitir que o indiciado ou acusado compareça ao ato sem a possibilidade de anteriormente consultar um advogado e de estar acompanhado por ele significa a manutenção (travestida por outro nome) do malfadado sistema inquisitorial,⁴⁵⁰ transformando o juiz em inquisidor e o acusado em objeto de prova contra si mesmo e, não raro, no principal fator de sua própria condenação.

À margem pode restar a justiça da decisão e em *ultima ratio*, a verdade, em favor da mera representação (imagem) que se faz do caso penal ou seu autor. Mantém-se, assim, uma justiça que privilegia o imaginário e bloqueia o acesso da democracia processual, o que é inaceitável e incompatível com o grau de civilidade já alcançado no país.

6.1.2 Natureza Jurídica

Muito se tem discutido acerca da natureza jurídica do interrogatório: se meio de prova, meio de defesa, ou ainda, se detém uma natureza híbrida.

⁴⁴⁹ SUANNES, Adauto Alonso S. O interrogatório judicial e o art. 153, §§ 15 e 16 da Constituição Federal, p. 288. Vide a esse respeito COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *A lide e o conteúdo do processo penal*, p. 139: “Ora, estamos diante de uma deformação inaceitável da realidade, o objetivo, em *ultima ratio*, desse positivismo nauseante, muito a gosto de regimes autoritários e seus asseclas, amiúde encontrados em nossas plagas, é legitimar o *status quo*, nem que para isso precise esquecer do homem. Esse, muitas vezes perdido, não encontra respostas às suas dúvidas porque ninguém lhas dá, e não é nem por mal, em geral, mas por inconsciência, desconhecimento, ou melhor, por um conhecimento que porta a uma conclusão oposita: se a vontade é a da lei, não importa a do juiz. E não se fala dela, nem das suas conseqüências, freqüentemente drásticas e muito tristes para quem tem a sensibilidade de perceber que vivemos em um mundo de homens, algo além da simples matéria; e não mecânico.”

⁴⁵⁰ Sobre o sistema inquisitorial e o sistema misto, vide o Capítulo I deste trabalho.

Para a doutrina tradicional o interrogatório é um meio de prova.⁴⁵¹ Um dos argumentos baseia-se na sua posição topográfica no Código de Processo Penal (no Título VII – Da Prova). Outra não é a orientação da Exposição de Motivos, ao afirmar que “...outra inovação, em matéria de prova, diz respeito ao interrogatório do acusado.” Além disso, o interrogatório está inteiramente sob a gestão do juiz, servindo como alicerce condenatório. É direcionado à obtenção da confissão e atua sobre o convencimento do juiz. A isso soma-se a abordagem feita em relação ao direito ao silêncio (um ônus processual), o que condiz com a ideologia impingida ao Estatuto processual pelo legislador de 1941, ou seja, a manutenção de um cunho inquisitorial (do qual remonta sua origem teórica) visando a primazia dos princípios repressores do Estado sobre os direitos individuais dos acusados.

Servindo ao mesmo tempo como uma oportunidade para o juiz buscar provas para a condenação (principalmente através da confissão) e para o exercício da autodefesa pelo acusado, fundamenta o entendimento de ser um instituto de natureza mista.⁴⁵²

Visualizado o processo sob o enfoque garantista, o interrogatório é um meio de defesa (por sinal o mais importante), por permitir ao acusado refutar os argumentos

⁴⁵¹ Nesse sentido vide ROMEIRO, Jorge Alberto. *Considerações sobre o conceito do interrogatório do acusado*, p. 48. Vide ainda NORONHA, E. Magalhães. *Curso de direito processual penal*, p. 107; JESUS, Damásio Evangelista de. *Código de processo penal anotado*, 12. ed. atual. e aum., São Paulo : Saraiva, 1995, p. 151; GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*, p. 79; ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Da prova no processo penal*, p. 92; MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*, v.2, p. 296.

⁴⁵² Conforme RAMOS, João Gualberto Garcez. *Audiência processual penal : doutrina e jurisprudência*, p. 297: “O interrogatório representa, no sistema processual penal vigente, ato de qualificação mista, pelo sentido teleológico que reflete, ato de defesa e meio de prova.” Vide no mesmo sentido DOTTI, René Ariel. Garantia do direito ao silêncio e a dispensa do interrogatório. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 775, p. 425-431, mai. 2000, p. 427; AZEVEDO, David Teixeira. O interrogatório do réu e o direito ao silêncio, p. 287; MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*, p. 275; NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Curso completo de processo penal*, 4. ed.rev. ampl. e atual. de acordo com a Constituição de 5-10-1988, São Paulo : Saraiva, 1990, p.149; PEDROSO, Fernando de Almeida. *Processo penal, o direito de defesa : repercussão, amplitude e limites*, p. 156.

aduzidos pela acusação.⁴⁵³

Todavia, para coadunar-se com os princípios propugnados pela atual Constituição Federal e efetivamente alcançar o *status* de meio de defesa, carece de profundas reformas em sua estrutura,⁴⁵⁴ o que necessariamente perpassa pela questão de sua obrigatoriedade, afinal, o traçado das estratégias defensivas é opção técnica ou pessoal a cargo do acusado e de seu advogado, incluindo (e principalmente) a decisão sobre a sujeição ao ato do interrogatório.

6.1.3 Finalidade

Durante o interrogatório judicial é que o julgador tem, usualmente, a primeira oportunidade de avistar-se com o acusado. Sustentam alguns autores ser este o momento para o juiz tomar conhecimento do caráter, da índole, dos sentimentos, das reações, enfim, da personalidade do réu, além de ouvir sua versão sobre o fato, o que o auxiliará a formar seu convencimento⁴⁵⁵ sobretudo num sistema processual centrado na pessoa do acusado. Contudo, apesar de todos esses aspectos serem observados pelo julgador (ou da sua tentativa em observá-los), ele ainda buscará alcançar o mal dissimulado objetivo maior do interrogatório: obter a confissão.⁴⁵⁶

Apesar da humanização do Direito Processual Penal, do asseguramento constitucional de direitos e garantias individuais aplicáveis à área criminal e da busca dos meios probatórios mais legítimos a suportar uma condenação, a confissão continua sendo encarada, na rotina judiciária, como a *rainha das provas, a probatio*

⁴⁵³ Conforme CARVALHO, Amilton Bucno de. *Nós, juízes, inquisidores (ou da não presença do advogado no interrogatório)*, p. 6: "...o interrogatório baliza – e até define – toda a estratégia defensiva. É o momento – tal como a contestação no cível – onde o acusado resiste à pretensão deduzida na inicial de acusação. A palavra do acusado – ao ter ciência da acusação e narrar a sua versão dos fatos àquele que dará o capítulo final da novela forense: o juiz – poderá, dependendo do seu conteúdo e da forma como for apresentada, tornar quase impossível a defesa técnica."

⁴⁵⁴ Nesse sentido vide MÉDICI, Sérgio de Oliveira. *Interrogatório do réu e direito ao silêncio*, p. 308.

⁴⁵⁵ Nesse sentido vide MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*, p. 279-280; MÉDICI, Sérgio de Oliveira. *Interrogatório do réu e direito ao silêncio*, p. 305; NORONHA, E. Magalhães. *Curso de direito processual penal*, p. 109.

⁴⁵⁶ Nesse sentido vide NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Curso completo de processo penal*, p. 147; MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*, v.2, p. 297. Sobre a confissão vide ainda ROSSETTO, Enio Luiz. *A confissão no processo penal*. São Paulo : Atlas, 2001.

*probatissima*⁴⁵⁷, pela (ilusória) tranquilidade que proporciona principalmente à consciência do julgador, mas também de parte da comunidade jurídica (dos que se resignam com meras aparências) e até da sociedade.⁴⁵⁸ Equivocadamente, a confissão constante nos autos, mesmo tendo sido obtida durante o Inquérito Policial, proporcionará ao magistrado maior comodidade na prolação da sentença condenatória (embora procure corroborá-la com os demais meios de prova), possibilitando mais firmeza na refutação das provas em sentido contrário. Caso a confissão seja judicial, maior segurança e tranquilidade ainda sentirá o juiz, que a verá como uma maior probabilidade de aproximação com a almejada verdade.⁴⁵⁹

Desta feita, ainda hoje é o meio de prova mais veementemente procurado, a despeito da forma muitas vezes ilegítima de obtê-lo. Assim, a confissão pode ser

⁴⁵⁷ Conforme BARANDIER, Antonio Carlos. Confissão: supremo objetivo da investigação. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 3, p. 79 - 82, jul./set.1993, p. 79: "A outrora rainha das provas, a prova pleníssima, a confissão, muito presente na história dos erros judiciais e que autores como Manzini consideram simples indicio, profundamente restringida e limitada pelas legislações modernas como meio de prova, no cotidiano forense recupera o seu antigo prestígio."

⁴⁵⁸ Conforme ALTAVILLA, Enrico. *Psicologia judiciária*, 3 ed. Coimbra : Arménio Amado, 1982, v.2, p. 99: "Ora, todas as discussões teóricas nunca impediram que o magistrado obedecesse a uma íntima necessidade do seu espírito: obter a confissão para tranquilizar a sua consciência ao pronunciar uma sentença condenatória, porque sente que, com a confissão, quase sempre se atinge, verdadeiramente, a certeza judiciária." No mesmo sentido vide ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Da prova no processo penal*, p. 104: "A confissão surge no processo penal como um verdadeiro bálsamo aliviador de todas as angústias dos que nele assumem alguma responsabilidade. O juiz, o promotor, o defensor e os policiais que trabalharam na fase investigatória sentem com temor a possibilidade de cometer ou cooperar para com um erro judiciário, o que é totalmente extirpado diante de uma confissão que beneficia psicologicamente a todos: se verdadeira, condenou-se o culpado, se mendaz, a responsabilidade é toda do confitente. Na verdade a expressão "a rainha das provas" tem o seu sentido pelo conforto que traz à consciência dos que trabalharam no processo, pois como meio de prova o seu valor é idêntico ao das demais, avultando-se apenas por sua força tranquilizadora." No mesmo sentido vide ainda TORNAGHI, Hélio Bastos. *Instituições de processo penal*, v.4, p. 406: "Realmente, a confissão atendível é um raio de luz que ilumina todos os escaninhos dos crimes mais misteriosos, dissipa as dúvidas, orienta as ulteriores investigações e conforta de um só passo os escrúpulos do juiz e as preocupações da justiça dos homens de bem."

⁴⁵⁹ Conforme assevera ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Da prova no processo penal*, p. 114: "A confissão judicial, por presumir livre dos vícios de inteligência e vontade, tem um valor absoluto, servindo como base condenatória ainda que seja o único elemento incriminador. Só perderá sua força se desmentida pelas provas restantes, como pode ocorrer nos casos de auto-acusação falsa. (...) Com relação à confissão extrajudicial, normalmente de natureza policial, há que se estabelecer um profundo marco divisorio: não servirá como prova justificadora da condenação se atuar como único elemento incriminatório; todavia, poderá alicerçar a procedência da denúncia se encontrar algum apoio nos elementos probatórios restantes, mesmo que indiciários, ainda quando não confirmada ou retratada em juízo."

conceituada como sendo “...um testemunho da parte cujo conteúdo é contrário ao interesse de quem a faz. Especificado esse conceito em relação à prática de algum fato delituoso, converte-se em o *testemunho do acusado de que praticou a infração penal*.”⁴⁶⁰ Com efeito, é o momento através do qual o acusado se auto-incrimina, entrando em franca contradição com o natural instinto de conservação do ser humano, e aí reside a necessidade de que a confissão seja recebida com reservas, pois pode ocultar um determinador diverso da pretendida verdade.

A confissão tem por objeto a autoria do fato criminoso descrito na peça acusatória e é tratada pelo Código de Processo Penal como um meio de prova, conforme enunciado no art. 190.⁴⁶¹ Demanda, para sua validade, além da voluntariedade e imputabilidade do confitente, declaração formal e expressa, ou seja, deve ser reduzida a escrito e proferida perante autoridade competente, uma vez que configura a renúncia a um direito pessoal, no caso o privilégio contra a auto-incriminação.

Quando feita perante terceiros, que a retransmitem à autoridade, trata-se de mero testemunho, já que a confissão sendo uma declaração contrária ao sentimento de auto-preservação inerente ao ser humano, demanda ato pessoal e próprio do confitente. Conseqüentemente, “...o campo penal desconhece a confissão ficta, como a tácita, resultante do silêncio, ou a presumida, decorrente da revelia, fuga, etc.”⁴⁶²

Ao contrário do que se poderia supor, a confissão ocorre com grande freqüência nos processos criminais, sendo um fato corriqueiro sua incidência,

⁴⁶⁰ MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*, v.2, p. 302.

⁴⁶¹ Os vários tipos de confissão segundo MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*, v.2, p. 303, são: “Se a confissão tem por conteúdo e objeto apenas um fato e suas circunstâncias acessórias, ela se diz *simplex*; quando vários são os fatos confessados, a confissão se denomina *complexa*. Há ainda a confissão *qualificada*, que é aquela em que a parte reconhece fatos que lhe são prejudiciais em íntima conexão com acréscimos e limitações tendentes a reforçar o seu direito de liberdade. Ainda pode ser encarada, tendo em vista o ato em que foi proferida, como confissão *judicial*, ou como confissão *extrajudicial*. Esta última ao demais, pode estar contida em peça do inquérito policial, ou ter sido feita a outra pessoa.”

⁴⁶² ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Da prova no processo penal*, p. 105.

principalmente durante a fase do Inquérito Policial.⁴⁶³ Esta profusão de confissões extrajudiciais amealhada pela Polícia Judiciária pode ser explicada a partir do entendimento das funções a que integrantes da própria instituição policial se atribuem, ou seja, “...dependendo do tipo de crime, das pressões diversas impostas pela repercussão do fato, da publicidade opressiva da mídia e das condições sociais do suspeito, a prática demonstra que o supremo objetivo das investigações reside no alcançar a confissão. Nenhum exagero na afirmação de que a Polícia, hodiernamente, substituiu os inquisidores e cumpre perfeitamente o papel que lhe foi reservado.”⁴⁶⁴

Nesse contexto, as práticas ilícitas como forma de obter a confissão, continuam fazendo parte do cotidiano policial (ou policialesco). A busca irracional pela confissão nos meios policiais pode ser explicada através de sua história, do papel a ela atribuído desde a época em que vigoravam no Brasil as Ordenações do Reino. Nossa polícia (infelizmente) foi formada dentro de uma visão inquisitorial, a qual persiste ainda hoje e inclusive é adotada como vetor do Inquérito Policial. Assim é que os policiais lançam-se com avidez em busca da confissão, enredados na ideologia característica (original e esperada) de sua profissão.

A motivação que enseja a confissão tem sido objeto de estudo ao longo dos anos.⁴⁶⁵ Apesar de serem apontados vários motivos, o instinto de auto-preservação do ser humano não pode ser esquecido e deve ser levado em consideração ao se verificar a ocorrência da confissão. Afinal, “...convir-se-á em que são precisos muito graves motivos, para que pratique um homem coisa tão insólita, como expor-se livre e espontaneamente a um mal material, denunciando de si mesmo.”⁴⁶⁶

Destarte, o Juiz, o Promotor de Justiça, o Advogado, o Delegado de Polícia, devem redobrar os cuidados ao verificar a ocorrência de confissão, principalmente a

⁴⁶³ Segundo BETANHO, Luiz Carlos. A atenuante da confissão espontânea na prática judiciária. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 683, p. 277-282, set. 1992. p. 278: “Num levantamento superficial dos últimos volumes da Revista dos Tribunais constatei que a média de ocorrência de confissões (especialmente na fase do inquérito), nos processos que chegam à Superior Instância, chega a 70%, número bastante expressivo.”

⁴⁶⁴ Conforme BARANDIER, Antonio Carlos. Confissão : supremo objetivo da investigação, p. 79.

⁴⁶⁵ A esse respeito vide NUCCI, Guilherme de Souza. *O valor da confissão como meio de prova no processo penal*, p. 91-110; vide também ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Da prova no processo penal*, p. 107-109.

⁴⁶⁶ MITTERMAIER, C. J. A. *Tratado da prova em matéria criminal*, p. 188.

extrajudicial. Há que se verificar o ambiente, a forma, o estado mental do acusado, se foi oportunizada a assistência de advogado, se houve a advertência quanto ao direito ao silêncio, enfim todas as circunstâncias havidas durante o interrogatório visando excluir as hipóteses de abusos e ilegalidades, uma vez que é antinatural a auto-incriminação livre, consciente e voluntária.⁴⁶⁷

Desse modo, a retratação da confissão em juízo deve ser criteriosamente examinada pelo julgador. Afinal, se o acusado alega coação no ato que ensejou a confissão extrajudicial, o ônus de demonstrar que tal fato não ocorreu é do órgão acusador e impingi-la ao réu constitui-se “...em inconcebível inversão do *onus probandi*.”⁴⁶⁸ Caso o órgão acusador não logre êxito em demonstrar a licitude da confissão obtida, esta deve(ria) ser desconsiderada, eis que inviável e incapaz de produzir qualquer resultado jurídico num processo criminal que se pretende democrático.

Uma outra característica da confissão judicial diz respeito à necessidade da presença do advogado do acusado, e que inclusive tenha sido oportunizado a eles uma reunião anterior ao interrogatório. Somente sob o amparo de efetiva defesa técnica será válida a confissão judicial. Apenas o advogado poderá extirpar as dúvidas acaso existentes acerca da forma como foi feito o interrogatório judicial. Ele é o único capaz de determinar se foi oportunizado incondicionalmente o direito ao silêncio, se foram feitas perguntas capciosas, tormentosas, ou se o inquiridor agiu de forma fraudulenta, arditosamente visando obter a confissão através de enredamento ou contradições.

Assim, a confissão somente poderá ser válida e apta a produzir efeitos se obtida em conformidade com o devido processo legal, a ampla defesa e o

⁴⁶⁷ Conforme BARANDIER, Antonio Carlos. *Confissão : supremo objetivo da investigação*, p. 80: “O talentoso Augusto Thompson, sem reboços, observa que a maioria avassaladora dos delitos elucidados o são pela confissão do autor. Suscita argutamente, embaraçosas indagações: ‘Com efeito, se ao examinar um processo, um promotor ou juiz encontra uma confissão minuciosa do réu, detalhando ponto por ponto a estória do seu crime, fornecendo todos os elementos adequados para autorizar-lhe a condenação, por que aquelas autoridades não se sensibilizam no sentido de se perguntarem qual o motivo que levou o delinqüente a se auto-acusar? A não ser um constrangimento poderoso, que outra razão será possível imaginar como válida para explicar uma confissão inteiramente comprometedora? Afora raríssimas exceções, as declarações auto-incriminadoras só podem ser concebidas como fruto de exercício de pressão sobre a vontade da pessoa que as fez.’ ”

⁴⁶⁸ BARANDIER, Antonio Carlos. *Confissão : supremo objetivo da investigação*, p. 81.

contraditório, mormente sob o pálio da atual Constituição Federal.

A forma e o excessivo valor que ainda hoje nossa legislação processual penal outorga à confissão coaduna-se com os resquícios inquisitoriais que ainda a impregnam. Vários fatos demonstram esta assertiva: a desnecessidade de haver um advogado presente ao interrogatório e de entrevistar-se anteriormente com o acusado, a proibição do contraditório, o juiz atuando como gestor do ato e a obrigatoriedade do comparecimento do réu ao interrogatório (quando deveria ser extinto ou opcional para coadunar-se com o direito ao silêncio).⁴⁶⁹

O interrogatório, é um momento de extrema tensão e dependendo da forma como seja conduzido, pode transformar-se em um ato de deslealdade, demonstrando ser mais traiçoeiro que um duelo, haja vista a disparidade de armas entre o juiz e o acusado.⁴⁷⁰ De um lado encontra-se o todo-poderoso magistrado, teoricamente com maior nível intelectual, protegido pelo seu cargo e tendo nas mãos o poder de liberdade ou de perdição do acusado. Do outro lado, encontra-se um ser insignificante (por mais abastado que seja) frente ao poderio da máquina estatal, não raras vezes, um miserável, intelectual e economicamente desfavorecido, inseguro quanto ao seu futuro e impedido por uma legislação criminal, arcaica e inquisitorial, de ter uma defesa efetiva.⁴⁷¹

⁴⁶⁹ Vide o caput do artigo 260 do CPP: “Se o acusado não atender à intimação para o interrogatório, reconhecimento ou qualquer outro ato que, sem ele, não possa ser realizado, a autoridade poderá mandar conduzi-lo à sua presença.”

⁴⁷⁰ Vide a respeito o posicionamento de FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir* : nascimento da prisão, p. 40: “A investigação da verdade pelo suplício do ‘interrogatório’ é realmente uma maneira de fazer aparecer um indício, o mais grave de todos – a confissão do culpado; mas é também uma batalha, é a vitória de um adversário sobre o outro que ‘produz’ ritualmente a verdade. A tortura para fazer confessar tem alguma coisa de inquérito, mas tem também de duelo.” Vide também sobre a forma de se proceder ao interrogatório visando obter a confissão durante a Inquisição EYMERICH, Nicolau. *Manual dos inquisidores*, p. 113-127. Vide ainda a forma como foram feitos os interrogatórios de Guglielmo Piazza e Gian Giacomo Mora segundo VERRI, Pietro. *Observações sobre a tortura*, p. 18-38.

⁴⁷¹ Conforme BAPTISTA, Francisco das Neves. *O mito da verdade real na dogmática do processo penal*. Rio de Janeiro : Renovar, 2001. p. 11: “Ao homem comum – e mais ainda àquele padrão econômico e de escolarização dos que mais freqüentam os bancos dos réus – são absolutamente inacessíveis os complexos meios de prova científica, os métodos de investigação (legítimos ou não) de que dispõe o aparelho repressor estatal, a avaliação mesma do que possa ‘ser usado contra ele’ no tribunal. A sua inferioridade intelectual diante de quem o acusa, defende ou julga deixa-o à mercê de mecanismos e técnicas para ele ininteligíveis e o torna presa fácil de incontáveis armadilhas.”

A maior ou menor importância do interrogatório varia conforme o sistema processual penal examinado. No sistema acusatório, o interrogatório e, por conseguinte, a confissão são desnecessários, e de somenos importância devido ao fato da prova ficar inteiramente a cargo das partes: à acusação cabe fazer as provas de suas alegações e tentar demonstrar a ocorrência do fato delituoso e a autoria, enquanto à defesa cabe refutar os argumentos e provas apresentadas, ficando o juiz inerte aguardando a produção das provas que influenciarão seu convencimento. Grande ênfase é dada à prova técnica como forma de comprovação dos fatos, o que por conseguinte, dispensa a participação do acusado.⁴⁷²

Todavia, no modelo inquisitorial, o interrogatório e a confissão são exageradamente valorizados devido à centralização do ritual do processo criminal na pessoa do acusado,⁴⁷³ à participação do juiz na colheita da prova e à propalada (ou malfadada) *busca da verdade* a que ele se lança (nos tempos vergonhosos do sistema inquisitorial puro, isto levou à prática da tortura). Por evidente, esses institutos assumem um papel extremamente relevante também como forma de aplacar a consciência do julgador, temeroso da ocorrência de um erro judiciário. Este objetivo poderá orientar a conduta do juiz o qual perseguirá a todo custo a confissão, mesmo que seja preciso romper a resistência do acusado, que por sua vez poderá vislumbrar

⁴⁷² Conforme MITTERMAIER, C. J. A. *Tratado da prova em matéria criminal*, p. 190: “As diferenças fundamentais entre o sistema da acusação e o inquisitorial influem sobre as partes do processo; a teoria da confissão também não escapou à essa influência. O princípio da acusação exige a presença de um acusador, que comece logo por articular a perpetração do crime com todos os seus caracteres, por apresentar as provas que tem de apresentar, e sobre o qual pesa a obrigação de provar os diversos fatos que constituem a imputação. O processo criminal consiste, pois, neste caso, em uma produção de provas por parte do acusador e do acusado, e nos esforços de ambos por formar, cada um em seu favor, a convicção do juiz. Nos interrogatórios a que procede este, nada mais faz do que dar publicamente ao acusado conhecimento das queixas, dos motivos que as apoiam, e habilitá-lo, assim, para produzir a sua defesa: não procura, por perguntas capciosas extorquir-lhe uma confissão: seria contrário à justiça, como qualquer confissão seria contrária à sua natureza. É ao acusador que cumpre dar a prova, sem esperar ou provocar uma confissão do acusado; é ele que deve coligir os documentos próprios para estabelecer a demonstração daquilo que avança, sem que jamais lhe seja lícito contar com uma confissão da parte do seu adversário.”

⁴⁷³ Conforme CARVALHO, Amilton Bueno de. *Nós, juízes, inquisidores* (ou da não presença do advogado no interrogatório), p.6: “Ao escrever o capítulo definitivo da novela, o juiz deverá apreciar os anteriores para dar sentido à história e a palavra do acusado será elemento vital ao esclarecimento de tudo: ele é o personagem central do espetáculo.”

no ato um momento perigoso para sua defesa (devido à contrariedade evidente com seus interesses).⁴⁷⁴

Verifica-se, portanto, que o enfrentamento de tal problema está para além da simples discussão acerca da revogação das normas infra-constitucionais em desconformidade com a Constituição Federal, eis que perpassa necessariamente por modificações de paradigmas em matéria probatória, e também da manutenção (ou não) do sistema processual penal vigente.

6.2 A DEFESA E O DIREITO AO SILÊNCIO

6.2.1 Posição topográfica do direito ao silêncio no interrogatório

Já foi dito que convivemos atualmente no Brasil com um ordenamento jurídico híbrido: a Constituição Federal ideologicamente democrática e que reconhece explicitamente o direito ao silêncio (art. 5º, LXIII), sem impor qualquer tipo de limitação ao seu uso, e o Código de Processo Penal, elaborado sob o influxo de idéias autoritárias, visando a prevalência dos interesses repressores do Estado e que, por conseguinte, prevê prejuízos aos suspeitos, indiciados e acusados que fizerem uso de tal direito, como se deflui da leitura do item VII, de sua Exposição de Motivos:

Outra inovação, em matéria de prova, diz respeito ao interrogatório do acusado. Embora mantido o princípio de que *nemo tenetur se detegere* (não estando o acusado na estrita obrigação de responder o que se lhe pergunta), já não será esse termo do processo, como

⁴⁷⁴ Conforme MITTERMAIER, C. J. A. *Tratado da prova em matéria criminal*, p. 191: “Sucede, porém, mui diversamente no regime do processo inquisitorial; aqui o fim é a manifestação da verdade material em toda a sua perfeição; (...) esse fim deve contribuir para que entre os meios de verificar a verdade ocupe lugar muito importante a confissão. Isto se torna ainda mais evidente, quando se recorda que o juiz inquiridor começa os processos duvidando dos fatos isolados, de que parece depender a acusação: essa longa análise, esse exame atento de todas as circunstâncias, esse emprego escrupuloso de todos os meios de prova têm por único objeto pôr mais tarde nas mãos do juiz da causa os elementos de sua decisão sobre a verdade absoluta da acusação. (...) Como, além disto, a confissão constitui uma fonte excelente de certeza, e com razão se pode esperar muito dos conselhos da consciência, que muitas vezes faz falar o acusado a seu pesar, o juiz interrogando-o, procurará atuar em seu espírito, inspirar maior força aos impulsos da consciência, atenuar a influência da razão do interesse, que talvez nesse momento só aconselhe a mentira; e se os seus esforços forem felizes, cessará a resistência do acusado, descobrirá ele a verdade inteira.” Vide também sobre o interrogatório no sistema inquisitorial CORDERO, Franco. *Procedura penale*, p. 21-38.

atualmente, uma série de perguntas predeterminadas, sacramentais, a que o acusado dá as respostas de antemão estudadas, para não comprometer-se, mas uma franca oportunidade de obtenção de prova. É facultado ao juiz formular ao acusado quaisquer perguntas que julgue necessárias à pesquisa da verdade, e se é certo que o silêncio do réu não importará confissão, poderá, entretanto, servir, em face de outros indícios, à formação do convencimento do juiz.

Sob esta orientação foram redigidos os artigos que tratam do tema no Código de Processo Penal: o art. 186 (*“Antes de iniciar o interrogatório, o juiz observará ao réu que, embora não esteja obrigado a responder às perguntas que lhe forem formuladas, o seu silêncio poderá ser interpretado em prejuízo da própria defesa.”*) e o art. 198 (*“O silêncio do acusado não importará confissão, mas poderá constituir elemento para a formação do convencimento do juiz.”*)

Estas disposições se coadunam com os resquícios inquisitoriais que ainda impregnam a legislação processual penal. Trata-se de um sistema que ainda privilegia a confissão e esta, por óbvio, incompatibiliza-se com o direito ao silêncio na forma como ele foi insculpido na Carta Magna. Enquanto o sistema acusatório enfatiza o princípio da presunção de inocência, o inquisitório pactua com a presunção de culpabilidade, disso decorrendo disposições francamente desfavoráveis aos acusados.

Por seu turno, nossa Lei Maior (sob a égide de um sistema democrático), incorporou em seu bojo os valores essenciais do ser humano, dando ênfase especial aos direitos e garantias individuais, mesmo que em detrimento do direito punitivo do Estado, exigindo a homogeneização dos sistemas. Desta feita, a intervenção jurídica excessiva do Estado, sobretudo quanto à persecução penal, foi restringida por preceitos constitucionais com atuação no âmbito do processo penal. Inclusive a busca pela almejada e utópica verdade real cedeu lugar ante a admissão apenas da prova lícita. Daí os princípios do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório, da presunção de inocência e da inviolabilidade da intimidade, os quais devem nortear o processo penal. Por outras palavras, devido ao sistema que informa a Carta Constitucional e que demarca toda a legislação infraconstitucional, “...o processo deixou de ser simples instrumento técnico e público do exercício da jurisdição para destacar-se, sobretudo, como instrumento ético em que esta se realiza.”⁴⁷⁵

⁴⁷⁵ AZEVEDO, David Teixeira. O interrogatório do réu e o direito ao silêncio, p. 286.

Dessa forma, como uma decorrência lógica da rigidez da Constituição Federal (a qual tratou do direito ao silêncio no art. 5º, LXIII), há a sua natural supremacia sobre as normas infraconstitucionais, o que afeta diretamente o tratamento dispensado ao direito ao silêncio pela legislação processual penal, a qual somente pode ser interpretada e acatada consoante os preceitos constitucionais vigentes, expurgando-se (revogando-se) as incongruências da legislação ordinária anterior, já que, a priori, não foi recepcionada.

6.2.2 Extensão, Amplitude e Delimitação

Inicialmente, pela leitura restritiva que se pode fazer do art. 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal, a utilização do direito ao silêncio parece estar circunscrita às situações de custódia. Entrementes, embora referindo-se apenas ao réu preso, “...negar tal direito ao acusado que se encontra livre é ilógico, antijurídico e contrário ao nosso ordenamento.”⁴⁷⁶ Isto porque o objetivo maior da Constituição foi o de assegurar o direito à intimidade, a preservação do espaço individual, através do qual o homem recolhe-se aos seus pensamentos, refugia-se no recôndito de seu próprio ser.

Igualmente, é em virtude de tal situação que o interrogatório, em qualquer de suas formas, somente pode ser feito respeitando-se o direito ao silêncio, ou seja, é assegurado sempre que alguém seja interrogado, independentemente de encontrar-se sob custódia ou solto. Se ao preso cabe uma presunção de que esteja numa situação passível de ter violados seus direitos processuais e constitucionais (devido principalmente à ocorrência de constrangimentos), não menos conflitante pode apresentar-se a situação do indivíduo que esteja respondendo a processo ou sendo

⁴⁷⁶ MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; MORAES, Maurício Zanoide. Direito ao silêncio no interrogatório, p. 136. No mesmo sentido vide GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*, p. 80; BARBIERO, Lourival Geraldo. O direito constitucional do réu ao silêncio e suas consequências, p. 216; ROSSETTO, Enio Luiz. *A confissão no processo penal*, p. 156; SUANNES, Adauto. *Os fundamentos éticos do processo penal*, p. 263. Em sentido contrário, entendendo que o intento do legislador constitucional foi assegurar o direito ao silêncio apenas ao preso, na medida em que dirige-se ao executante da prisão em flagrante, ordenada ou não por juiz, mas não ao próprio juiz e não amparando também a situação do acusado, e que somente uma interpretação extensiva ou ampliativa permite tal conclusão vide RAMOS, João Gualberto Garcez. *Audiência processual penal : doutrina e jurisprudência*, p. 304.

investigado em Inquérito Policial em liberdade, mormente se não houver advogado presente à sua oitiva.

Desse modo, como as origens do instituto demonstram que o direito ao silêncio decorre de um instituto mais amplo, ou seja, do privilégio contra a auto-incriminação, além das situações de interrogatório, deve ser considerada como violação desse direito, todas as formas através das quais o indivíduo venha a incriminar-se em desacordo com sua vontade livre e consciente.⁴⁷⁷

Dentro desse contexto é que se verifica que grande parte dos casos de violação do privilégio contra a auto-incriminação coincidem exatamente com a prova obtida de forma ilícita, eis que submetidas a uma sistemática constitucional de avaliação ou análise. Por aí perpassa a importância de perquirir acerca da vedação atribuída pela legislação em relação a determinados meios de prova, ou à forma como foram obtidos.

Deste modo, a proibição da prova ilícita funda-se na necessidade de frear a fúria estatal, normalmente consubstanciada na atividade policial (na fase do Inquérito Policial), a qual objetivando comprovar a autoria do fato a qualquer custo, não se detém ante a possibilidade de sacrificar direitos fundamentais.

O Poder Judiciário, como órgão de filtragem, e para o qual convergem tais provas, não demonstrou no passado recente, salvo honrosas exceções, maior interesse em coibi-las. Basta consultar a jurisprudência dos Tribunais para verificar que, ao longo de nossa história, sempre foram admitidas, sob os mais variados argumentos, o que somente incentivou o arbítrio perpetrado nessa busca desenfreada por meios de prova. A doutrina, também foi tímida no trato do tema e só recentemente, principalmente após o advento da atual Constituição, conferiu o relevo que o assunto

⁴⁷⁷ Conforme MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; MORAES, Maurício Zanoide. Direito ao silêncio no interrogatório, p. 146: "O direito ao silêncio não significa, unicamente, direito de calar no momento do interrogatório, mas compreende, também, o direito de não produzir provas ou praticar atos que importem prejuízos à defesa." No mesmo sentido vide FERNANDES, Paulo Sérgio Leite. Direito e dever ao silêncio. In: BARRA, Rubens Prestes; ANDREUCCI, Ricardo Antunes (Coord.), *Estudos jurídicos em homenagem a Manoel Pedro Pimentel*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1992. p. 302-319. p. 318: "A proteção ao silêncio não pára no interrogatório judicial. Abrange todas as oportunidades em que o sujeito passivo da persecução é posto em condições de ser inquirido, sem exceção do exame criminológico e de hipóteses outras ligadas à Lei de Execução."

merece e exige.⁴⁷⁸

Tal fato decorre de nossa origem cultural européia, influenciada pelo racionalismo e pelo idealismo. Como para o pensamento racional basta a aplicação da lei dogmatizada, o fato da prova ilicitamente produzida fornecer a aparência de verdade, legitimava seu acatamento. Com isso, a lei era aplicada, a sociedade, em tese, ficava resguardada, o (pretense) criminoso era punido e os agentes violadores dos preceitos processuais e constitucionais, produtores da prova ilícita, poderiam (no máximo) ser punidos na esfera própria, seja administrativa ou criminal,⁴⁷⁹ mas se isentando o Judiciário de quaisquer responsabilidades em relação a tais aspectos, pois o cumprimento da lei satisfazia o ideal de justiça propugnado pelo sistema jurídico. Vigia, e de certo modo vige, o *male captum bem retentum*.

Outro motivo para a cegueira em relação ao acatamento das provas ilícitas diz com o fato de que as vítimas da truculência policial costumavam (e ainda hoje costumam) ser os mais humildes e, portanto, o mundo jurídico (distante dessa realidade) não se ocupou (ou não quis ocupar-se) convenientemente do assunto. O Judiciário, por seu turno, consubstanciado na visão positivista de simples cumpridor e aplicador da lei, observava a resolução de diversos casos com o uso da violência policial e, quiçá inconscientemente, formou-se uma visão na qual essa violência tinha alguma eficiência e era aplicada contra as pessoas certas (ou seja, os velhos e úteis “*clientes do sistema penal*”).⁴⁸⁰ Em relação às inúmeras vítimas inocentes e

⁴⁷⁸ A esse respeito admitindo gravações clandestinas telefônicas vide RT 257/277 e RT 650/274; admitindo a apreensão do produto do crime, por indicação do acusado mesmo tendo sido coagido vide RT 441/413, RT 426/439, RT 429/379, RT 440/114, RT 402/337, RT 425/372 e RT 440/441; admitindo a confissão extrajudicial mesmo havendo retratação em juízo, sob o argumento de que compete ao acusado comprovar a ocorrência de coação, violência, ou outro ato capaz de viciar a confissão vide RT 670/315, RT 180/110, RT 393/345, RT 670/315, RT 193/139, RT 212/99, RT 394/822, RT 241/89, RT 311/104, RT 356/292, RT 394/282, RT 412/300; admitindo a apreensão feita com violação de domicílio e sem mandado judicial vide RT 468/347 e RT 456/416.

⁴⁷⁹ Nesse sentido vide RT 424/337 e RT 468/347.

⁴⁸⁰ Conforme ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão de segurança jurídica* : do controle da violência à violência do controle penal, p. 270 : “Foi assim que a descoberta deste código social extralegal conduziu a uma explicação da regularidade da seleção (e das cifras negras) superadora da etiológica: da tendência a delinquir às maiores ‘chances’ (tendência) de ser criminalizado. A clientela do sistema penal é constituída de pobres, não porque tenham uma maior tendência para delinquir, mas precisamente porque têm maiores chances de serem criminalizados e etiquetados como delinquentes. As possibilidades (chances) de resultar etiquetado, com as graves conseqüências que isto implica, se encontram desigualmente distribuídas. É ‘o mesmo estereótipo epidemiológico do crime que aponta a um delinquentes as celas da prisão e poupa a outro os seus custos’.”

desconhecidas da violência arbitrária, estas se transformaram em figura de retórica, meros argumentos a serem usados em discursos ou em infrutíferos debates acadêmicos.⁴⁸¹

A insuficiência vedatória em relação às provas ilícitas no direito processual penal⁴⁸² foi suprida com o advento da Constituição Federal de 1988, que no artigo 5º, LVI, dispõe que: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. Este enunciado, completado pela aplicação supletiva do artigo 332, do Código de Processo Civil,⁴⁸³ permite que a expressão *prova ilícita* seja admitida em sentido genérico,⁴⁸⁴ vedando, assim, a admissão, em todos os tipos de processo e procedimentos, da prova produzida com infringência às normas legais, aos bons costumes, às regras de moral, em desacordo com o direito, com os princípios gerais do direito e com a opinião pública, ou seja, é proibida a produção da prova ilícita em sentido amplo, seja ela ilícita, ilegítima ou ilegal.

Igualmente, a violação do direito ao silêncio e do privilégio contra a auto-incriminação contamina toda a prova derivada obtida mediante sua infringência. Há, portanto, violação do direito ao silêncio no interrogatório feito mediante fraude, com falsas promessas, mediante dissimulação, com perguntas capciosas e sugestivas, através das quais o indivíduo entra em contradições, ou é surpreendido mentindo, ou confessa involuntariamente. O mesmo pode ser dito quando não é feita ao indiciado,

⁴⁸¹ Conforme CARVALHO, Ricardo Cintra Torres de. A inadmissibilidade da prova ilícita no processo penal – um estudo comparativo das posições brasileira e norte-americana. p.173-176.

⁴⁸² O legislador do Código de Processo Penal, não demonstrou interesse em consubstanciar nas suas normas, disposições minuciosas acerca das nulidades provocadas em decorrência de provas ilicitamente produzidas, tratando o tema de forma parcimoniosa e esparsa. Cominando pena de nulidade existe apenas à disposição taxativa do artigo 564. Em sede de prova ilícita, pode ser utilizado o artigo 564, III, e tratando especificamente de prova ilegítima, apenas o artigo 233, que dispõe sobre a interceptação criminosa de cartas particulares, havendo abstenção do diploma processual em relação a outros meios de prova conforme ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Da prova no processo penal*, p. 49-50.

⁴⁸³ “Art. 332: Todos os meios de prova legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa.”

⁴⁸⁴ Segundo CARVALHO, Ricardo Cintra Torres de. A inadmissibilidade da prova ilícita no processo penal – um estudo comparativo das posições brasileira e norte-americana, p. 176-177, prova ilícita em sentido genérico é aquela: “...obtida mediante infração a outros preceitos constitucionais e legais: aquela que foi obtida mediante infração a qualquer outra garantia individual (violação da intimidade, da casa, da correspondência e das comunicações de dados, telegráficas e telefônicas, desrespeito à integridade física e moral, prática da tortura, ameaça, coação, indução, captação de vontade) ou legal (infração a dispositivos do CP, do Código de Telecomunicações, etc).”

ou acusado, a advertência de que pode silenciar (o próprio Código de Processo Penal oferece o remédio para sanar esta ilegitimidade no art. 564, IV). Mas tal direito não se restringe apenas ao interrogatório, já que abarca, também, todas as demais formas de auto-incriminação contrárias à vontade, livre e consciente, do agente.

A tortura física, por óbvio, é uma forma iníqua de tratamento ao indivíduo, contrária a todos os direitos do ser humano, assim tratado em todos os países civilizados e que costuma produzir declarações inseguras. Afinal, a intenção do torturado é que cesse a dor o mais rápido possível⁴⁸⁵ e, para obter tal fim, não hesita em mentir e exprimir exatamente *a verdade* que interessa ao torturador. Decorre daí a inadmissibilidade dos meios de prova dela advindos.⁴⁸⁶

Já a tortura psicológica pode desenvolver-se por diversos meios, inclusive mediante um interrogatório procedido de forma demorada e cansativa,⁴⁸⁷ o que pode

⁴⁸⁵ Conforme VERRI, Pietro. *Observações sobre a tortura*, p. 80: “Qual é o sentimento que nasce do homem, ao sofrer uma dor? Este sofrimento é o desejo de que a dor pare. Quanto mais violento for o suplício, tanto mais violento será o desejo e a impaciência de que chegue ao fim.”

⁴⁸⁶ Vide sobre a inadmissibilidade da confissão obtida através de sevícias brutais a que o acusado foi submetido, inclusive com choques nos órgãos genitais RT 440/343; no mesmo sentido vide ainda RT 463/428. Vide ainda RT 394/282 – TACrimSP, Pleno, 1968, Rel. Azevedo Franceschini. “Afirmção do réu de ter confessado após espancado por dois investigadores na porta da fábrica. Confissão coerente com o resto da prova. Não há evidências do espancamento, no momento de sua oitiva. Revisão permite o exame dos ‘autos’, inclusive os de inquérito policial. Presunção de correção de que goza a autoridade pública.” Vide também RT 311/104 – TJSP, 1961, Câmaras Criminais Conjuntas, Rel. J. B. Arruda Sampaio. “Como acentuou o V. Acórdão embargado o réu não fez a mínima prova de que sua confissão foi criada mediante violência. Essa história de emprego de violência para obter a confissão está muito sovada. Já não impressiona ninguém. Mas, como dizia o Min. Costa Manso, o que importa não é saber o modo como foi obtida a confissão. O que importa é saber se a confissão corresponde à realidade.” Sobre tortura vide também o primeiro capítulo deste trabalho.

⁴⁸⁷ Demonstrações de torturas psicológicas praticadas através de interrogatórios prolongados, extenuantes e repetitivos, com alternância dos interrogadores, utilizando pressões variadas, acusando os interrogados de mentirosos, farsantes e criminosos têm sido proporcionadas pelo Congresso Nacional por meio das CPIs (Comissões Parlamentares de Inquérito), cujas sessões são inclusive transmitidas pelo sistema de teledifusão do Senado e da Câmara dos Deputados. Episódio recente nesse sentido foi a sessão da *acareação* (que na verdade transformou-se em interrogatório) dos (poderosos) senadores Antônio Carlos Magalhães (ex-presidente do Senado Federal) e José Roberto Arruda (ex-líder do governo no Senado Federal) e da ex-diretora do Prodasen, Regina Borges, com duração superior a sete horas, no dia 03 de maio de 2001 com início às 14,30 horas. Enquanto os três acusados pela violação do painel de votação do Senado Federal eram inquiridos repetitiva e exaustivamente, os demais senadores revezavam-se nas perguntas e ilações, pressionando-os a alterar suas versões. Foi uma rara oportunidade, uma vez que o processo penal, devido à sua própria estrutura, não costuma atingir pessoas de tal porte. Quando isso ocorre, sobressai o absurdo de como é conduzida a produção da prova, virando o sistema de cabeça para baixo porque se faz vê-lo como, de fato, é.

levar o acusado a uma situação limite e ao desespero suficiente para forçar a confissão.⁴⁸⁸

Nessa esteira, diversas são as formas pelas quais é possível intimidar o depoente:

...interrogatórios sucessivos, em horários noturnos e diurnos, para vencer a resistência pelo cansaço mental provocado pela falta de sono. enquanto os interrogadores descansados se revezam: ou então os interrogadores alternam o humor, ora apresentam-se como amigos, ora violentos e brutos: há a situação de humilhação do interrogado também causadora de efeito psicológico, v.g., a mulher colocada nua diante dos algozes: por fim, causa perturbação psicológica no detido ouvir gritos que o fazem imaginar a tortura de um co-autor do delito. O método aparentemente legítimo usado por policiais do mundo inteiro, consistente em inquirições que se sucedem durante horas e horas e mediante a troca de equipes de interrogadores, configura tortura.⁴⁸⁹

Também constitui tortura psicológica aproveitar-se de contradições surgidas, chamar o depoente de mentiroso, de criminoso, impedi-lo de alimentar-se e descansar, enfim, todas as formas por meio das quais haja um exacerbamento da função de inquiridor ou aproveitamento de sua perturbação emocional objetivando a obtenção da confissão nos moldes propostos pelo interrogador.⁴⁹⁰

Da mesma maneira, as coações e fraudes utilizadas para forçar a confissão do acusado são formas de violação do seu direito em não se auto-incriminar, decorrendo daí a sua ilicitude como elemento probatório. A coação física é praticada por meio de ato isolado, delimitado no tempo. Um violento tapa desferido contra o rosto de pessoa não acostumada com agressões físicas pelo interrogante pode ser o suficiente para quebrar-lhe a resistência, levando-a a confessar. A coação psicológica, por seu turno, prescinde qualquer forma de violência física contra o interrogado. Consiste em incutir-lhe, mediante ameaça, temor de um mal maior que a confissão. Pode ser praticada, por

⁴⁸⁸ Conforme CORWIN, Edward S. *A constituição norte-americana e seu significado atual*, p. 261: “No caso *McNabb v. United States*, reformou a Corte sentença condenatória proferida por um tribunal federal, sob o fundamento de que a confissão fora obtida através de interrogatório ao réu durante períodos prolongados, na ausência de amigos e de advogado e sem levá-lo à presença de um comissário ou de um funcionário judicial, como manda a lei.”

⁴⁸⁹ Conforme ROSSETTO, Enio Luiz. *A confissão no processo penal*, p. 213. Esse foi o método ensinado pelos americanos às forças de repressão durante o regime militar.

⁴⁹⁰ Daí o inconformismo de alguns juizes e promotores com a gravação fonográfica das audiências.

exemplo, por meio da captura e prisão de um ente familiar, ou do próprio interrogado, o qual, temeroso dos males que podem ser praticados, confessa.⁴⁹¹

A fraude ocorre quando o interrogado é levado a engano devido a argumentos falsos, métodos clandestinos caracterizados pelo abuso de confiança, pelo uso de astúcia, de perguntas capciosas e sugestivas, manipulação de informações, utilização de provas duvidosas, falsas promessas de benefícios ou má-fé por parte da autoridade que preside o ato.⁴⁹² Trata-se do uso de estratégias visando obter a confissão.⁴⁹³

Existem, ainda, vários meios científicos, de caráter técnico, psiquiátrico (hipnotismo) ou químico (narcoanálise), utilizados como forma de forçar ou induzir a confissão, a qual, independente de sua veracidade, significa, em última análise, a violação da intimidade do indivíduo, sendo, portanto, uma afronta à sua vontade livre e consciente. Tais métodos são, por vezes, mais perniciosos que a própria tortura física, na medida em que comprometem a liberdade de declaração do indivíduo. Por mais desumana que pareça, na tortura “...ainda existe uma possibilidade de resistência, ao

⁴⁹¹ Conforme NUCCI, Guilherme de Souza. *O valor da confissão como meio de prova no processo penal*, p. 103-105. A esse respeito vide RT 159/599 – TJSP, Rel. Joaquim Sylos Cintra. “Confissão obtida mediante coação, após ilegalmente preso o réu por oito dias, liberdade logo após confessar o crime. Absolvição. Apurar as circunstâncias da detenção ilegal.” Respalhando essa abjeta forma de obter a confissão vide RT 175/523 - TJSP, 1948, Rel. Nelson de Noronha Gustavo: “A confissão extrajudicial tem o mesmo valor probante da confissão judicial, desde que concorde com o restante da prova; não provada a coação e sendo ela espontânea, prevalece sobre a retratação.”

⁴⁹² Elucidativo exemplo acerca de confissão obtida sob forma fraudulenta de interrogar é a citada por BAPTISTA, Francisco das Neves. *O mito da verdade real na dogmática do processo penal*, p. 11: “Um episódio presenciado pelo autor destas linhas, numa das Varas Criminais do Rio de Janeiro, parece deveras elucidativo. Um eminente juiz criminal (por sinal, respeitado teórico do direito penal) interrogava um jovem, evidentemente recém-chegado à maioria penal, preso em flagrante, acusado de tentativa de furto, visivelmente intimidado pela situação em que se achava e insistente na negativa da prática do crime. Às tantas, o magistrado, folheando os autos, diz-lhe: ‘Estou vendo, aqui, que você já fez isto muitas vezes.’ Em pânico, brada o jovem, precipitadamente: ‘Não, senhor doutor, foi a primeira vez!’ No tom vitorioso de quem ludibriou o pobre ignaro, diz a autoridade judiciária, antes de mandar consignar a confissão (‘(...) que foi a primeira vez que fez isto’): ‘Ah, então você fez!’ A cabeça do rapaz tombou sobre o peito e as lágrimas pingaram-lhe a camisa.”

⁴⁹³ Vide os truques para obter a confissão em EYMERICH, Nicolau. *Manual dos inquisidores*, p. 123-125: “Usará este tipo de linguagem: ‘Vês, tenho pena de ti. Abusaram da tua simplicidade, e vais perder a alma por causa da burrice de outra pessoa. É claro que tens um pouco de culpa!’ (...) ‘Não te responsabilizes pelo pecado dos outros.’ (...) ‘Estás vendo que sei de tudo, mas dize tu mesmo para que tua reputação seja preservada e não fiques malfalado...Assim, eu poderia soltar-te imediatamente!’ (...) ‘Como podes negar: ainda não está bastante claro?’ E começará a ler o papel, mudando o que acha melhor.”

passo que tais métodos levam a uma subjugação total da vontade, com uma despersonalização da pessoa humana.”⁴⁹⁴

Há, também, as intervenções corporais (mediante uso de agulhas, seringas ou cortes) para colheita de materiais do corpo humano e realização de exames laboratoriais (como a retirada de sangue para testes de DNA, espermatozoides, cabelo, unha e outros), com o objetivo de fornecerem elementos probatórios. Tais intervenções somente podem ocorrer com o consentimento do indivíduo, e após a advertência de que não está obrigado a consentir, e que o resultado poderá ser utilizado contra os seus interesses.

As autoridades podem, no entanto, fazer exames dos materiais corporais encontrados no local do crime (manchas de sangue, fios de cabelo entre outros) e confrontá-los nas fontes possíveis, tais como ficha de incorporação às Forças Armadas, Carteira de Identidade. Em relação às fichas médicas e dentárias, estas encontram-se sob a proteção constitucional do direito à intimidade e há a possibilidade de acessá-las somente mediante mandado judicial.⁴⁹⁵

No sistema inquisitorial puro, o corpo do acusado era apropriado pelo Estado que podia dispor livremente dele, inclusive para fazer exames a seu bel prazer e o perito trabalhava para o juiz e para a acusação, buscando elementos para a condenação. No sistema acusatório, e mais especificamente no Estado Democrático de Direito, o corpo do acusado pertence única e exclusivamente a ele mesmo. E a prova pericial só pode ser considerada legítima se feita com observância do contraditório, uma vez que o conhecimento do perito é coletivo, exposto a todos os atores do processo criminal. Daí decorre que apenas com o consciente e livre consentimento do acusado e aberta a oportunidade de participação da defesa (podendo indicar seu perito-assistente) há a possibilidade de se fazer intervenções corporais. Por outro lado, a coleta de materiais presentes na cena do crime, pode ser feita a critério da autoridade

⁴⁹⁴ Conforme GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*, p. 116. Vide ainda ALTAVILLA, Enrico. *Psicologia judiciária*, v.1, p. 441-447.

⁴⁹⁵ Conforme NUCCI, Guilherme de Souza. *O valor da confissão como meio de prova no processo penal*, p. 114-115.

(embora ainda dentro do contraditório), já que os materiais corporais ali encontrados não podem ser considerados propriedade do acusado (ou extensão de seu corpo).⁴⁹⁶

Ha, ainda, o bafômetro e os testes de equilíbrio, visando detectar o teor de impregnação alcoólica e aplicados geralmente por policiais rodoviários ao longo das rodovias, os quais, da mesma forma, necessitam da anuência dos indivíduos, após a cientificação da advertência pela autoridade.⁴⁹⁷

Existem outros métodos de intervenção ativa de ordem fisiológica, aplicados com o auxílio de instrumentos de precisão que objetivam detectar, medir e analisar a reação determinada por certos estímulos. Um destes instrumentos é o polígrafo, também conhecido como *detector de mentiras* ou indicador de mentiras (*lie detector*),⁴⁹⁸ o qual detecta diversas formas de alteração das funções corporais, tais como as de ordem respiratória, transpiração cutânea, pulsação e da pressão sangüínea, na tentativa de verificar a emoção que determinada evocação causa no indivíduo.

Procura-se, assim, descobrir se o suspeito, indiciado ou acusado falta com a verdade, na medida em que há a prévia (e *non sense*) suposição de que a mentira poderia ser detectada através das reações percebidas pelo instrumento. Nossos tribunais não aceitam este teste como prova “...não só porque o *lie detector* ‘faz conhecer a mentira, não a verdade’, mas também porque o seu funcionamento depende do temperamento emotivo, a ponto de dar resultados contraditórios, conforme é examinado um tímido inocente ou um endurecido criminoso culpado.”⁴⁹⁹

Atualmente um novo tipo de *detector de mentiras* encontra seu *sucesso* na mídia, o *sistema Truster*, o qual funciona baseado na tecnologia de medição e análise do estresse vocal e tem sido inclusive utilizado pela imprensa como forma de avaliar a veracidade das informações prestadas em entrevistas e pronunciamentos transmitidos

⁴⁹⁶ Conforme CORDERO, Franco. *Procedura penale*, p. 242-243, 730-740.

⁴⁹⁷ Conforme SILVEIRA, Paulo Fernando. *Devido processo legal = (due process of law)*, p. 112.

⁴⁹⁸ Segundo ALTAVILLA, Enrico. *Psicologia judiciária*, v.1, p. 429: “Trata-se de um aparelho construído no sistema do sismógrafo, que registra os movimentos emotivos. São duas largas correias, uma das quais se aplica ao tórax e a outra ao braço: a primeira para registrar as agitações respiratórias, e a outra, as alterações da pressão. As duas correias estão ligadas ao indicador: uma agulha que risca sobre um cilindro giratório.”

⁴⁹⁹ ALTAVILLA, Enrico. *Psicologia judiciária*, v.1, p. 429.

pelas emissoras de rádio e televisão do Brasil e dos demais países. Este instrumento avalia as alterações ocorridas na vibração da voz humana e pode ser feito mediante autorização do interlocutor ou sem o consentimento deste, uma vez que para a análise necessita apenas da gravação sonora dos diálogos. Também, há a violação do direito ao silêncio no uso desse aparato quando feito sem o consentimento prévio do indivíduo e sua utilização, obviamente, não é admitida como meio de prova no Brasil (embora possa produzir resultado desfavorável devido à impressão causada na população e principalmente no juiz que irá julgar o caso).⁵⁰⁰

Outro meio de caráter técnico é o mapeamento da atividade cerebral. Trata-se de um sistema para coleta e análise da atividade eletrofisiológica do cérebro, através de computador projetado inicialmente para diagnósticos neurológicos e que está sendo testado para funcionar como uma espécie de detector de mentiras. O método consiste em conectar eletrodos ao cérebro do indivíduo possibilitando a análise das frequências e ritmos cerebrais através de um mapa topográfico com o registro da atividade elétrica. Sua utilização, como instrumento apto a produzir provas, consistiria em projetar várias imagens, inclusive algumas relativas à cena do crime, às quais somente o criminoso tivesse tido acesso. Ao serem reconhecidas pelo cérebro, este produziria determinada atividade elétrica, possibilitando sua interpretação como prova da autoria do fato criminoso.⁵⁰¹

⁵⁰⁰ Caso de utilização desse tipo de detector de mentiras foi protagonizado pela CPI do Narcotráfico durante o depoimento do advogado Arthur Eugênio Mathias (o qual ignorava que sua oitiva estava sendo monitorada por tal aparelhagem). A respeito vide DETECTOR de mentiras monitora depoimentos. *Jornal do Comércio on line*. Disponível em: <http://www2.uol.com.br/JC/_1999/1612/br1612f.htm> Acesso em: 22 dez. 1999: “Parte do depoimento do advogado Arthur Eugênio Mathias na CPI do Narcotráfico foi monitorado por um detector de mentiras. Um programa de computador analisa a vibração da voz do depoente para identificar alterações que podem indicar respostas mentirosas. Com o objetivo de vender seus serviços à CPI, o empresário Mauro Nadvorny acompanhou as primeiras duas horas do depoimento para tentar flagrar possíveis deslizes do advogado. No fundo da sala da CPI, ele instalou um computador portátil ligado a um microfone que captava as respostas de Mathias. O teste não foi eficaz porque o advogado se negou a responder perguntas que pudessem comprometê-lo. O empresário conseguiu identificar apenas respostas imprecisas. Por exemplo, ao ser questionado pelo deputado Robson Tuma sobre Valdir Júnior, o advogado disse que não o conhecia. O detector acusou imprecisão. ‘Ele está escondendo alguma coisa’, disse Nadvorny.”

⁵⁰¹ INSTITUTO DE NEUROFISIOLOGIA. *Mapeamento da atividade elétrica cerebral*. Disponível em: <<http://www.infc.com.br/mapeam.htm>> Acesso em : 22 nov. 2000.

É de uma das formas mais flagrantes de desrespeito ao direito ao silêncio e promete extrair os segredos do cérebro sobre qualquer assunto escolhido pelo aplicador do teste. O método consiste em proporcionar um estímulo através de imagens que, sendo reconhecidas pelo cérebro, produzirão uma resposta elétrica independentemente da vontade do indivíduo. Mesmo que a intenção do sujeito submetido ao exame seja a de ocultar a informação, o cérebro poderá reagir ao estímulo, transformando-se na principal testemunha da acusação. O indivíduo permanece passivamente, apenas observando enquanto seu cérebro é esquadrihado à procura do reconhecimento das imagens da cena do crime. É uma forma irônica de retrocesso ao processo inquisitorial, onde mais uma vez o próprio corpo do indivíduo serve como instrumento de sua perda. A diferença (se é que ela existe) consiste em que os inquisidores obtinham a confissão torturando o indivíduo, aproveitando-se da fraqueza de seu corpo ante a dor, e nos dias atuais a prova que poderá levar à sua condenação é fornecida mediante a utilização de sofisticada tecnologia, totalmente indolor para o corpo, mas devastadora para a intimidade e dignidade da pessoa humana.

Outra forma, ainda, de desrespeito ao direito à intimidade, consiste na divulgação do nome e ou da imagem de meros suspeitos da prática de atos criminosos em jornais, periódicos e programas de televisão. Basta ocorrer uma prisão para que jornalistas se desloquem até a Delegacia de Polícia, ou por vezes até mesmo acompanham as diligências, passando a entrevistar o suspeito, utilizando-se de perguntas capciosas, buscando obter a confissão, o que não raro acontece.

Também a veiculação de filmagens clandestinas, feitas à revelia do indivíduo, e na qual ele confessa a prática de algum ilícito ou mesmo o pratica, é, por óbvio, prova obtida ilicitamente e imprestável em juízo, mas uma vez tornada do conhecimento da população produz a execração pública, muitas vezes injusta, do sujeito. Sob o argumento de informação, o suspeito fica vulnerável a toda sorte de violação de seus direitos constitucionais, uma vez que sua imagem é veiculada para uma vasta camada da população, levando a um prejulgamento condenatório.

Não bastando, há uma condenação antecipada pela opinião pública, daí advindo os mais variados tipos de prejuízos para o suspeito.⁵⁰² Talvez o dano maior seja em relação ao magistrado que irá julgar a causa e ao corpo de jurados que poderá ser influenciado no seu convencimento pela informação ilicitamente veiculada. Também não é raro ocorrer a requisição dessas filmagens pelas autoridades para servirem de prova em juízo. Para a validade deste tipo de fita como meio de prova em juízo é necessário obter anuência expressa após a informação ao suspeito de seus direitos e das possíveis conseqüências.⁵⁰³

O mesmo tratamento merece a divulgação de filmagem ou de gravação fonográfica clandestina,⁵⁰⁴ feita por um dos interlocutores sem o conhecimento do outro, seja entre presentes, no ambiente ou por meio de conversas telefônicas,⁵⁰⁵ assim como para a monitoração oculta dos empregados feita pelos patrões, estudantes pelas escolas e demais situações semelhantes. Igualmente há ilicitude na divulgação de correspondência alheia (mesmo feita pelo seu destinatário), sendo estendido o vício a qualquer tipo similar de comunicação, como a de transmissão de dados e a telegráfica,

⁵⁰² Conforme SUANNES, Adauto. *Os fundamentos éticos do devido processo penal*, p. 159-160.

⁵⁰³ Conforme NUCCI, Guilherme de Souza. *O valor da confissão como meio de prova no processo penal*, p. 220-223.

⁵⁰⁴ Conforme GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*, p. 172-173: “Entende-se por *interceptação* a captação da conversa por um *terceiro*, sem o conhecimento dos interlocutores ou com o conhecimento de um só deles. Se o meio utilizado for o ‘grampeamento’ do telefone, tem-se a *interceptação telefônica*; se se tratar de captação de conversa por um gravador, colocado por terceiro, tem-se a *interceptação entre presentes*, também chamada de *interceptação ambiental*. Mas se um dos interlocutores grava a sua própria conversa, telefônica ou não, com o outro, sem o conhecimento deste, fala-se apenas em *gravação clandestina*.”

⁵⁰⁵ No sentido da ilicitude da gravação de conversa própria entre presentes com o desconhecimento do interlocutor vide FERNANDES, Paulo Sérgio. *Direito e dever ao silêncio*, p. 305; vide ainda RT 649/65, RT 649/185, RT 654/132, RTJ 84/609, RTJ 110/796, RTJ 621/378, RTJ84/609, RTJ 110/978; admitindo a utilização desse tipo de gravação clandestina como meio de prova vide RT 620/151, RJTJSP 122/466. Sobre as diversas formas de captação eletroeletrônica de conversas vide GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*, p. 173: “...a) a *interceptação* da conversa telefônica por terceiro, sem o conhecimento dos dois interlocutores; b) a *interceptação* da conversa telefônica por terceiro, com o conhecimento de um dos interlocutores; c) a *interceptação* da conversa entre presentes, por terceiro, sem o conhecimento de nenhum dos interlocutores; d) a *interceptação* da conversa entre presentes por terceiro, com conhecimento de um ou alguns dos interlocutores; e) a *gravação clandestina* da conversa telefônica por um dos sujeitos, sem o conhecimento do outro; f) a *gravação clandestina* da conversa pessoal e direta, entre presentes, por um dos interlocutores, sem o conhecimento do (s) outro (s).”

(artigo 5º, XII, da Constituição Federal), havendo ainda a possibilidade de incriminação avaliada no caso concreto, pela divulgação de segredo, de acordo com a determinação do artigo 153, do Código Penal.

Uma tendência, devido ao avanço da tecnologia, consiste na possibilidade de sua utilização, pelo Poder Público, através da instalação de câmeras ocultas instaladas nas ruas, parques, viadutos e demais locais públicos, destinados a monitorar as atividades da população. Embora a justificativa seja a segurança pública, seu uso se caracteriza como uma indesejável intromissão no cotidiano das pessoas e se constitui numa violação ao direito à intimidade. Há notícia de um projeto da Secretaria de Segurança Pública do Rio de Janeiro, o qual possibilitará a instalação de câmeras ocultas para monitoramento diuturno dos morros cariocas. Por óbvio, tal medida é discriminatória e inconstitucional, na medida em que pretende manter sob vigilância apenas uma parcela da população e, no caso, toda a população favelada (e sequer há a justificativa de monitorar apenas a atividade criminosa). Dessa forma, poderá ocorrer uma odiosa discriminação: os ricos e poderosos continuarão mantendo sua privacidade por detrás dos altos muros das mansões e condomínios, enquanto os pobres serão continuamente observados e devassados nas suas atividades cotidianas.⁵⁰⁶

O mesmo inciso XII, do artigo 5º, da Constituição Federal, assegura a inviolabilidade do sigilo das comunicações telemáticas, de informática e telefônicas, fazendo, entretanto, uma ressalva para o caso de existir autorização judicial expressa, com observância estrita à legislação infraconstitucional pertinente (Lei n. 9.296/96).⁵⁰⁷ Há, ainda, a exigência de que a interceptação seja destinada a fornecer provas a serem utilizadas em investigação criminal ou na instrução de processo criminal. A Lei n. 9.296/96 ao disciplinar as interceptações telefônicas preocupou-se apenas com a interceptação *strito sensu* (executada sem o conhecimento de ambos os interlocutores) e com a escuta telefônica (executada com o conhecimento e consentimento de apenas

⁵⁰⁶ Conforme LINS E SILVA, Evandro; GABEIRA, Fernando. 3 questões sobre Câmeras ocultas. *Folha de S. Paulo*, 28 mai. 2000.

⁵⁰⁷ No sentido de que a Lei n. 9.296/96 é inconstitucional, no tocante à permissão da interceptação de comunicação em sistema de informática e telemática, uma vez que o próprio texto constitucional a impede vide SANTOS FILHO, Ricardo Toledo. *A intimidade e seus reflexos no direito penal*, p. 458.

um dos interlocutores), não abrangendo os casos de gravação de conversa telefônica própria feita por um dos interlocutores sem o conhecimento e consentimento do outro. Neste último caso a gravação é lícita, uma vez que se trata de documentação da comunicação dirigida pelo próprio interlocutor, mas sua divulgação pode ser caracterizada como violadora do direito ao silêncio, além do tratamento dispensado pelo Estatuto Penal.⁵⁰⁸

O direito ao silêncio poderá ser sacrificado com a aplicação dessa lei mesmo que seja resguardado o segredo de justiça. Não há como impedir a ouvida de conversas entre o suspeito, indiciado ou acusado e seu advogado, embora haja proibição nesse sentido no Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (artigo 7º, II, da Lei n. 8.906/94). Também não há como resguardar a intimidade dos terceiros, os quais não estão sendo investigados e, entretanto, terão suas conversas ouvidas. A interceptação telefônica, portanto, pode levar a inúmeras indagações e situações de flagrante desrespeito ao direito à intimidade e à própria Constituição Federal, numa demonstração de descaso para com o tratamento dos direitos individuais.

A inquisitória intromissão no sigilo bancário e fiscal também foi resguardada pela Constituição Federal no mesmo inciso XII do artigo 5º e, portanto, da mesma forma que na interceptação telefônica, somente mediante autorização judicial é possível sua violação.⁵⁰⁹ Reveste-se, assim, de inconstitucionalidade a Lei Complementar n. 105/2001, assim como o Decreto n. 3.724/2001 que a regulamenta, na medida em que confere poderes para a violação do sigilo bancário também ao Poder

⁵⁰⁸ Conforme GRINOVER, Ada Pellegrini. O regime brasileiro das interceptações telefônicas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 17, p. 112-126, jan./mar. 1997, p. 114. Vide ainda artigo 153 do Código Penal.

⁵⁰⁹ No sentido de que há permissão para a violação ao sigilo bancário e fiscal apenas mediante autorização fundamentada do Poder Judiciário vide NOVAES, Pedro Luis Piedade. *O sigilo bancário e a Lei Complementar nº 105/2001*. Disponível em: <<http://www.tributarista.org.br/content/estudos/sigilo-lei.html>> Acesso em : 20 jan. 2001. No sentido de que apenas mediante ordem judicial é possível a quebra do sigilo bancário e de que, apesar da concessão legal, as CPIs devem submeter o pleito ao Poder Judiciário vide BASTOS, Celso Ribeiro, MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à constituição do Brasil* : promulgada em 5 de outubro de 1988, p. 284. Pugnando pela irrefutável inviolabilidade dos sigilos telegráficos e de dados (inclusos o sigilo bancário e fiscal) devido à previsão constitucional de exceção através da outorga de mandado judicial apenas para as interceptações telefônicas vide SANTOS FILHO, Ricardo Toledo. *A intimidade e seus reflexos no direito penal*, p. 460.

Executivo (Secretaria da Receita Federal) e Legislativo (Comissões Parlamentares de Inquérito). Em relação à Secretaria da Receita Federal, devido à fúria arrecadatória do Estado, não há sequer exigência de que o processo administrativo tenha sido instaurado, uma vez que o artigo 6º, da Lei Complementar n. 105/2001, fala em *procedimento fiscal em curso*,⁵¹⁰ ficando evidenciada a ênfase dada ao interesse estatal, mesmo que à custa da supressão do direito à intimidade.

Também é possível ocorrer violação do direito ao silêncio, nas buscas e apreensões, quer sejam corporais, nos bens móveis⁵¹¹ ou mediante violação de domicílio, desde que as diligências sejam feitas em desconformidade com a legislação.⁵¹²

Por constituírem-se em manifestações do direito ao silêncio não há obrigatoriedade do suspeito, indiciado ou acusado colaborar com a produção da prova, através do fornecimento de material para ser utilizado em exame grafotécnico,⁵¹³ na reprodução simulada do fato delituoso,⁵¹⁴ e sequer poderá ser forçado a comparecer e colaborar com acareações ou participar do ato de reconhecimento.

Visando assegurar o privilégio contra a auto-incriminação, a advertência sobre o direito ao silêncio deve ser feita de forma clara, para que não pare nenhuma dúvida sobre sua utilização ao suspeito, indiciado ou acusado, a partir do momento em que seja colocado na posição de se auto-acusar. Mas não basta a repetição monótona e indiferente feita pela autoridade, visando apenas afastar uma possível nulidade: para que o direito ao silêncio seja efetivamente assegurado há que ser feita a advertência, independentemente do conhecimento jurídico do sujeito passivo, de forma a deixar claro que a prática do ato solicitado e ou as declarações feitas “...*poderão e serão*

⁵¹⁰ Conforme FABRETTI, Láudio Camargo. *Considerações jurídicas sobre o sigilo bancário*. Disponível em: <<http://www.tributarista.org.br/content/estudos/sigilo.html>> Acesso em : 20 jan. 2001.

⁵¹¹ Nesse sentido vide RT 442/386.

⁵¹² Nesse sentido vide RT 482/384, RT 432/315, RT 426/363, RT 426/354, RT 468/347.

⁵¹³ Nesse sentido vide RT 491/259.

⁵¹⁴ Nesse sentido vide RT 494/269. No sentido de que há obrigatoriedade em relação ao comparecimento, podendo ocorrer a condução coercitiva sem que isto implique em violação ao direito ao silêncio vide RT 684/314.

*usadas contra ele em juízo, de tal forma que possa compreender as conseqüências advindas de uma renúncia de seu privilégio.*⁵¹⁵

Na maioria das vezes, o momento para que seja feita a advertência quanto ao direito ao silêncio coincide com o interrogatório, sem que no entanto se restrinja a ele. Devido à abrangência das atitudes que podem ser entendidas como integrantes desse direito, deve a autoridade que acompanha a realização do ato ou da diligência informar, desde o seu início, sobre a possibilidade constitucional de sua utilização pelo suspeito, indiciado ou acusado.

O direito ao silêncio pode ser exercido na oitiva informal e formal, no inquérito policial, na instrução criminal, no processo administrativo, no processo penal militar, no processo falimentar, no processo tributário-fiscal, por ocasião da realização do exame criminológico, durante a execução penal, enfim, como corolário do privilégio contra a auto-incriminação há a possibilidade de sua utilização mesmo antes e durante a instauração de qualquer tipo de processo ou procedimento. Como critério para sua utilização, basta verificar se há a possibilidade do sujeito passivo ser colocado em situação de ser inquirido, ou da qual possa resultar a produção contrária à sua vontade livre e consciente, de qualquer elemento de prova que possa levar à uma auto-incriminação.⁵¹⁶

Com relação ao *status* assumido pelo sujeito que está sendo ou será inquirido, cabem algumas observações acerca das atividades e condutas praticadas pelas Comissões Parlamentares de Inquérito (CPIs), as quais têm sido palco de constantes e sucessivas violações do direito ao silêncio, seja pelo desconhecimento por parte de alguns de seus membros dos direitos processuais e constitucionais asseguradores do processo criminal, e/ou pela oportunidade de aparecerem na mídia agindo como

⁵¹⁵ DIAS NETO, Theodomiro. O direito ao silêncio : tratamento nos direitos alemão e norte-americano, p. 198.

⁵¹⁶ Nesse sentido vide MARINO, Pedro Luiz Amaral. O dever de informar e o direito ao silêncio : o direito ao silêncio (CF, art. 5º, LXIII); o dever de informar (CTN, art. 197) e o direito de não se auto-incriminar. Inadmissibilidade de discriminação contra o contribuinte. In: OLIVEIRA, Antônio Cláudio Mariz de; CAMPOS, Dejalma de (Coord.). *Direito penal tributário contemporâneo* : estudos de especialistas. São Paulo : Atlas, 1995. p 11 –118. p. 114-115; PRADO, Geraldo. O direito ao silêncio. p. 168; FERNANDES, Paulo Sérgio Leite. Direito e dever ao silêncio, p. 318. No mesmo sentido vide ainda RT 709/313.

arautos da moralidade e da justiça. Atualmente, com a transmissão pela televisão das sessões das Comissões Parlamentares de Inquérito, verifica-se a excessiva, cansativa e monótona exposição que antecede às perguntas feitas às pessoas *convidadas para depor*, numa clara manobra para permanecer mais tempo sob o foco das câmeras. Em seguida tem lugar um verdadeiro linchamento público (através da exposição pela televisão), com o depoente sendo, por vezes, ridicularizado, acusado de mentiroso e infrator, quando não é preso por pretender utilizar-se do direito ao silêncio.

Portanto, em algumas das atuais Comissões Parlamentares de Inquérito “em lugar da seriedade e compenetração exigíveis para a boa realização do direito e da justiça, o que se constata é a arbitrariedade e o açodamento em aparecer na mídia.”⁵¹⁷

As Comissões Parlamentares de Inquérito detêm, conforme disposto no § 3º do artigo 58 da Carta Magna, poder de investigação semelhante aos das autoridades judiciais, os quais são poderes amplos, mas por óbvio, não são ilimitados, sendo que, inclusive, há vedação quanto a atuar na esfera da vida privada ou como substitutas do Poder Judiciário.⁵¹⁸

As violações do direito ao silêncio e do privilégio contra a auto-incriminação têm surgido como decorrência de equivocada interpretação dos poderes investigatórios semelhantes aos das autoridades judiciais auferidos constitucionalmente, bem como do disposto nos artigos 2º e 4º, II, da Lei n. 1.579/52.⁵¹⁹

⁵¹⁷ BARROSO, Luiz Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas : limites e possibilidades da constituição brasileira*. Rio de Janeiro : Renovar, 1996. p. 344.

⁵¹⁸ Nesse sentido vide RDA 199/208: “A comissão parlamentar de inquérito se destina a apurar fatos relacionados com a administração (Constituição, art. 49, X) com a finalidade de conhecer situações que possam ou devam ser disciplinadas em lei, ou ainda para verificar os efeitos de determinada legislação, sua excelência, inocuidade ou nocividade. Não se destina a apurar crimes nem a puni-los, da competência dos Poderes Executivos e Judiciário; entretanto, se no curso de uma investigação, vem a deparar fato criminoso, dele dará ciência ao Ministério Público, para os fins de direito, como qualquer autoridade, e mesmo como qualquer do povo.”

⁵¹⁹ Art. 2º: “No exercício de suas atribuições, poderão as Comissões Parlamentares de Inquérito determinar as diligências que reputarem necessárias e requerer a convocação de ministro de Estado, tomar o depoimento de quaisquer autoridades federais, estaduais, ou municipais, ouvir os indiciados, inquirir testemunhas sob compromisso, requisitar de repartições públicas e autárquicas informações e documentos, e transportar-se aos lugares onde se fizer mister a sua presença. (...) Art. 4º. (...) II: fazer afirmação falsa, ou negar ou calar a verdade como testemunha, perito, tradutor ou intérprete, perante a Comissão Parlamentar de Inquérito: Pena – a do art. 342 do Código Penal.”

Por primeiro há que se revelar que a intenção do legislador foi a de dotar as Comissões Parlamentares de Inquérito de poderes suficientes para dar efetividade às suas determinações, tais como a condução coercitiva de testemunhas faltantes e o compromisso de dizer a verdade (desde que a inquirição não seja relativa a fatos que possam incriminá-la), cumprimento de intimações, requisições e demais atos relativos às investigações. No entanto, como esses poderes investigatórios são assemelhados aos dos juízes, somente em relação à natureza material não prescindiu da necessidade de intervenção judicial para proceder à excoercibilidade do ato. Outrossim, há a necessidade de mandados judiciais para efetivar as buscas e apreensões,⁵²⁰ a realização de interceptações telefônicas, a determinação de quebra do sigilo bancário e a determinação da prisão de investigados.⁵²¹ Isto porque “...seria insensato retirar bens e valores integrantes do elenco secular de direitos e garantias individuais do domínio da serena imparcialidade de juízes e tribunais e arremetê-los para a fogueira das paixões politizadas da vida parlamentar.”⁵²²

O direito ao silêncio caracteriza-se por ser um direito público subjetivo, oponível contra a própria atividade persecutória do Estado. Busca suprir o suspeito, indiciado ou acusado com um manto protetor contra as eventuais arbitrariedades perpetradas pelo Estado e por seus agentes. O fato de que nas Comissões Parlamentares de Inquérito (que detêm poder de investigar e instruir, mas não o de fazer processar e julgar), não exista com rigidez a figura do acusado, não inviabiliza a utilização de tal direito, nem tem o condão de transformar todos os convocados para

⁵²⁰ Conforme BARROSO, Luiz Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas : limites e possibilidades da constituição brasileira*. p. 332-345.

⁵²¹ Vide a respeito RDA 196/195: “Uma CPI não parece achar-se investida da extraordinária competência para impor, por ato próprio, a privação da liberdade individual. (...) No sistema de direito constitucional positivo brasileiro, os casos de privação da liberdade individual somente podem derivar de situação de flagrância (CF, art. 5º, LXI) ou de ordem emanada de autoridade judiciária competente (CF, art. 5º, LXI), ressalvada a hipótese – de evidente excepcionalidade – de `prisão por crime contra o Estado, determinada pelo executor da medida` (CF, art. 136, par. 3º, I), durante a vigência do estado de defesa decretado pelo Presidente da República.”

⁵²² BARROSO, Luiz Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas : limites e possibilidades da constituição brasileira*. p. 331.

depor em meras testemunhas. Assim, é que também perante elas tal prerrogativa é utilizável em toda sua amplitude.⁵²³

Desde um determinado ponto de vista, o *status* de suspeito, indiciado, acusado ou testemunha não é determinado pela autoridade que preside o ato. Independentemente da designação outorgada pela autoridade, são as circunstâncias que envolvem o fato que determinam sua condição. Outrossim, cabe ao próprio indivíduo sopesar as conseqüências e optar por calar ou colaborar com a produção da prova. Por conseguinte, mesmo quando chamado a prestar depoimento na qualidade de testemunha, o indivíduo pode optar por se calar sobre os fatos que possam incriminá-lo.⁵²⁴ O privilégio contra a auto-acusação não conhece restrições em relação a mera qualidade impingida, mas antes, destina-se a amparar o sujeito, para que não seja forçado a produzir prova contra si mesmo.

Ainda nessa esteira, verifica-se que as Comissões Parlamentares de Inquérito têm agido ilegalmente e inconstitucionalmente ao decretar a prisão em flagrante pela prática de crimes de desobediência e desacato das pessoas que se recusam a assinar sua esdrúxula criação, o *termo de compromisso de dizer a verdade*,⁵²⁵ ao pretender estabelecer a qualidade com a qual o indivíduo vai prestar seu depoimento (se como testemunha ou indiciado), e ao determinar a prisão daqueles que, estando na condição de *testemunhas*, optam por calar recusando-se a fornecer provas que as incriminem.⁵²⁶

O inciso LXIII, do artigo 5º, da Constituição Federal, também ampara o indivíduo que cala para resguardar fatos conhecidos no exercício da profissão e por conseguinte, dos quais deva manter segredo. Além do art. 133, da Constituição

⁵²³ Nesse sentido vide RTJ 141/512: “Qualquer pessoa que sofra investigações penais, policiais ou parlamentares, ostentando, ou não, a condição formal de indiciado possui, dentre as várias prerrogativas que lhe são constitucionalmente asseguradas, o direito de permanecer em silêncio, consoante reconhece a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.” Vide ainda no mesmo sentido RTJ 049/494.

⁵²⁴ Nesse sentido vide RTJ 163/626: “Não configura o crime de falso testemunho, quando a pessoa, depondo como testemunha, ainda que compromissada, deixa de revelar fatos que possam incriminá-la.” No mesmo sentido vide ainda RDA 196/197.

⁵²⁵ A respeito vide AQUINO, Kleber Leyser de; ARO, Luciana R. *Ilegalidade e inconstitucionalidade da prisão de Chico Lopes na cpi dos bancos*. Disponível em : <<http://www.jus.com.br/doutrina/chico.html>> Acesso em : 19 out. 1999.

⁵²⁶ Nesse sentido vide RTJ 136/626; RTJ 141/512; RDA 221/304; RDA 222/258.

Federal, art. 7º, XIX, da Lei n. 8.906/94, art. 207, do Código de Processo Penal e art. 406, do Código de Processo Civil, o profissional também pode e deve utilizar o direito ao silêncio para evitar responder perguntas reveladoras de segredos de seus clientes,⁵²⁷ ademais quando sua revelação pode ser caracterizada como crime previsto no Código Penal (art. 154). O profissional pode, inclusive, nesse caso, recusar-se a comparecer mediante justificção escrita para a autoridade que o convocou.⁵²⁸ Caso opte por comparecer e depor, cabe ao profissional decidir, como nos demais casos de utilização do direito ao silêncio, quais as perguntas não serão respondidas sem justificar o motivo para fazê-lo, uma vez que a própria explicitação da motivação, por óbvio, pode ser incompatível com o direito que se deseja resguardar.

Além das hipóteses que se caracterizam como extensão do direito ao silêncio, o princípio *nemo tenetur se detegere* permite ainda que o suspeito, indiciado ou acusado minta sobre os fatos que possam incriminá-lo, uma vez que não é obrigado a colaborar de qualquer forma com a produção da prova.⁵²⁹ Entretanto, não há

⁵²⁷ Nesse sentido vide RDA 221/306; RTJ 88/847.

⁵²⁸ Conforme CENEVIVA Walter. *Segredos profissionais*. São Paulo : Malheiros, 1996. p. 148: “Assim, se o advogado pode recusar-se a responder a qualquer pergunta, a seu exclusivo critério, não faz sentido ter de comparecer. Basta que, em resposta ao convite da autoridade, sem afronta ou confronto, afirme seu direito, recusando-se a comparecer.”

⁵²⁹ Nesse sentido vide ROSSETTO, Enio Luiz. *A confissão no processo penal*, p. 96 e 149. Vide ainda no mesmo sentido MARINO, Pedro Luiz Amaral. O dever de informar e o direito ao silêncio : o direito ao silêncio (CF, art. 5º, LXIII); o dever de informar (CTN, art. 197) e o direito de não se auto-incriminar. Inadmissibilidade de discriminação contra o contribuinte, p. 114; vide ainda RT 659/264: “Prova – Inquirição de co-réu como testemunha – Inadmissibilidade – Impedimento resultante das prerrogativas daquele de se manter em silêncio, podendo até mesmo mentir sem sofrer sanção – Inteligência e aplicação dos arts. 5º, LXIII, da CF e 186 do CPP. A análise sistemática de ordenamento jurídico pátrio impõe a conclusão de que o réu de determinado crime está impedido de testemunhar no processo em relação aos co-acusados do mesmo delito. Basta lembrar que a testemunha que faz afirmação falsa, nega ou cala a verdade comete crime, enquanto o réu pode mentir sem estar sujeito a qualquer sanção e tem, ainda, assegurado pela Constituição (art. 5º, LXIII) e pela lei processual (art. 186 do CPP) o direito de manter silêncio para não se incriminar.”; vide também BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Falsidade ideológica. Habeas corpus n. 75257 – 8. Fernando José Milet Fontes, Marcelo Bustamante e Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Moreira Alves. 17 de junho de 1997. “No caso, a hipótese não diz respeito, propriamente, a falsidade quanto à identidade do réu, mas, sim, ao fato de o então indiciado ter faltado com a verdade quando negou, em inquérito policial em que figurava como indiciado, que tivesse assinado termo de declarações anteriores que, assim, não seriam suas. Ora, tendo o indiciado o direito de permanecer calado e até mesmo o de mentir para não auto-incriminar-se com as declarações prestadas, não tinha ele o dever de dizer a verdade, não se enquadrando, pois, sua conduta no tipo previsto no artigo 299 do Código Penal. Habeas corpus deferido, para anular a ação penal por falta de justa causa.”

propriamente um direito de mentir assegurado para justificar a aceitação da falsidade. Como há a possibilidade de optar livremente entre prestar o depoimento ou calar, não há qualquer tipo de dever moral ou jurídico de colaborar com a produção da prova, nem com a verdade. É sob esse fundamento que não há nenhuma punição, quer de ordem substantiva ou processual, para punir o suspeito, indiciado ou acusado que falte com a verdade durante o depoimento.⁵³⁰

O indivíduo, mesmo taxado pela autoridade que preside o ato do interrogatório como testemunha, estando inclusive devidamente compromissado, não comete o crime de falso testemunho quando deixa de revelar, nega ou mente sobre fato cuja revelação possa incriminá-lo.⁵³¹ O depoente, como corolário do privilégio contra a auto-incriminação, pode inclusive mentir em relação à sua qualificação perante a autoridade policial ou judicial, durante o interrogatório, ou em qualquer outra oportunidade processual.⁵³² É indiferente que se considere, ou não, a qualificação como parte integrante do interrogatório para a permissão de calar ou mentir, afinal, o que se

⁵³⁰ Conforme DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito processual penal*, v.1, p. 451: “Não existe por certo, um *direito* a mentir que sirva como causa justificativa da falsidade: o que sucede simplesmente é ter a lei entendido ser *inexigível* dos arguidos o cumprimento do dever de verdade, razão por que *renunciou* nestes casos a impo-lo.”

⁵³¹ Nesse sentido vide RTJ 163/626: “Não configura o crime de falso testemunho, quando a pessoa, depondo como testemunha, ainda que compromissada, deixa de revelar fatos que possam incriminá-la.”

⁵³² Nesse sentido vide RJDTACRIM, v. 2, p. 111, relator Haroldo Luz: “Falsa identidade – Declinação de nome alheio no auto de prisão em flagrante – Identificação datiloscópica feita na mesma oportunidade – Não configuração do delito – Absolvição. Interessando, no processo penal, a identidade física do aflagrado ou processado, a qual se obtém por sistema ou método datiloscópico, a colheita de impressões digitais torna impossível a ocultação do verdadeiro *status personae* do agente. Logo, os elementos inverídicos declinados à autoridade policial, com o intuito de fazer-se passar por outra pessoa, são absolutamente ineficazes.” No mesmo sentido vide RJDTACRIM, v. 14, p. 78, relator Emeric Levai: “Falsa identidade – Declinação de falso prenome na polícia – Intuito de autodefesa – Configuração impossível: Aquele que, ao ser identificado na polícia, declina falso prenome, procurando defender-se, torna anódina a conduta, impossibilitando a configuração do crime previsto no art. 307 do CP.” Vide ainda no mesmo sentido RJTJSP 124/468-470, RT 532/419, RT 608/352, RT 613/347. Em sentido contrário vide NUCCI, Guilherme de Souza. *O valor da confissão como meio de prova no processo penal*, p. 165: “Tal direito não se aplica no tocante à qualificação, pois esta é obtida para garantir a segurança processual e do próprio sistema judiciário, evitando-se que um inocente seja levado ao cárcere em lugar do verdadeiro culpado. Não fornecer a qualificação ou ministrá-la falsamente não é direito do réu, nem faz parte de modo algum, do direito à ampla defesa.” Vide ainda no mesmo sentido RT 561/339, RT 581/286, RT 608/296, RT 644/270.

resguarda é o direito de não ser obrigado a produzir prova contra si mesmo, o qual pode ser utilizado em todas as oportunidades passíveis de violá-lo.

Para o integral exercício do privilégio contra a auto-incriminação o indivíduo pode usar do expediente de calar, ocultar ou mentir. Afinal, o Estado não pode ficar à mercê do indivíduo para verificar sua qualificação. Para esse fim deve dispor de outros meios mais eficazes e que prescindam da atuação do sujeito. Cabe ao Estado aparelhar e preparar seus agentes para atuarem com nova mentalidade, agora tendo por fundamento os direitos processuais e constitucionais norteadores do processo penal, deixando de lado toda a inspiração inquisitorial que ainda possa subsistir.

O direito do suspeito, indiciado ou acusado permanecer em silêncio pode ainda ser compreendido como uma obrigação negativa, ou seja, seria incongruente e sem sentido exigir que ele fosse obrigado a empreender algum esforço para ver-se condenar e, conseqüentemente, passar a cumprir a pena imposta.⁵³³

6.2.3 Reflexos

Face à amplitude com que a atual Constituição Federal ungiu o direito ao silêncio, é forçoso reconhecer que foram derogados os artigos 186, e 198 do Código de Processo Penal. Ao elevar o direito ao silêncio ao *status* de dogma constitucional, a atual Carta Política revogou a segunda parte destes dispositivos,⁵³⁴ conforme

⁵³³ Conforme MALATESTA, Nicola Framarino dei. *A lógica das provas em matéria criminal*, v.2, p. 129-130: “A um direito exigível podem corresponder duas espécies de obrigações: pode ser-se [SIC] obrigado a *adotar* as próprias forças para satisfazer o direito ou pode-se, simplesmente, ser obrigado a não aplicar às próprias forças a satisfação do direito: *obrigação positiva* a primeira; *obrigação negativa* a segunda. Ora, é desta última espécie a obrigação do delinqüente: não está ele obrigado a empregar suas forças para atingir a pena: isto seria contrário à natureza humana e ele é simplesmente obrigado a cumpri-la.”

⁵³⁴ Entendendo pela derrogação dos artigos 186, 198 e revogação do 191 do Código de Processo Penal vide DOTTI, René Ariel. Garantia do direito ao silêncio e a dispensa do interrogatório, p. 426-427; vide ainda, no mesmo sentido, AZEVEDO, David Teixeira. O interrogatório do réu e o direito ao silêncio, p. 292; MÉDICI, Sérgio de Oliveira. Interrogatório do réu e direito ao silêncio, p. 307-308; FERNANDES, Paulo Sérgio Leite. Direito e dever ao silêncio, p. 307-310; TOVO, Paulo Cláudio, Tovo, João Batista. *Primeiras linhas sobre o processo penal em face da nova constituição*, p. 22. Em sentido contrário, entendendo que os referidos artigos continuam vigorando, vide BARBIERO, Louri Geraldo. O direito constitucional do réu ao silêncio e suas conseqüências, p. 224.

determinação do artigo 2º, § 1º da Lei de Introdução ao Código Civil.⁵³⁵ Já o artigo 191 foi inteiramente revogado,⁵³⁶ uma vez que a consignação de cada uma das perguntas não respondidas, constitui uma forma evidente de coagir o acusado a responder.⁵³⁷

A revogação da segunda parte do enunciado dos artigos 186 e 198 diz com a proibição do juiz interpretar o silêncio como prejudicial à defesa ou como elemento inspirador de seu convencimento, uma vez que é inconcebível aceitar que a utilização de um direito individual possa resultar num ônus de tal monta que seria apto a inviabilizá-lo.

Assim, a utilização de um direito jamais pode se constituir em material probatório a sustentar uma sentença condenatória ou o próprio convencimento do magistrado. E é principalmente com relação a esse aspecto, onde surgem os paradigmas mais difíceis de serem superados.

É sabido que o juiz

...ao formular o raciocínio que se conclui com a decisão, e mesmo quando justifica esta, emprega, como se costuma dizer, o *material* e as *formas* mais díspares e heterogêneas: linguagem técnica e linguagem comum, esquemas e modelos de argumentação, formas dedutivas, juízos de valor, instrumentos de persuasão retórica, conhecimentos de variada natureza, regras éticas e de comportamento, interpretações, escolhas de diversos gêneros etc. Trata-se pois de um raciocínio estruturalmente complexo e heterogêneo, no qual se encontram e se embaralham diversas dimensões lógicas, lingüísticas, cognoscitivas e de argumentação.⁵³⁸

Portanto, superado o mito da neutralidade do juiz, é preciso reconhecer que ao defrontar-se com o caso penal sua primeira preocupação é encontrar uma solução que atenda à sua própria consciência. Através da observação e análise das variáveis possíveis para o caso *sub judice*, ele escolhe a que lhe parece mais adequada. A seguir,

⁵³⁵ Art. 2º, § 1º, do Decreto-Lei n. 4.657/1942: “A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.”

⁵³⁶ Nesse sentido DOTTI, René Ariel. Garantia do direito ao silêncio e a dispensa do interrogatório, p. 427 Entendendo pela observação do artigo com reservas para evitar a coação para responder, vide MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; MORAES, Maurício Zanoide. Direito ao silêncio no interrogatório, p. 146.

⁵³⁷ Nesse sentido vide MÉDICI, Sérgio de Oliveira. Interrogatório e direito ao silêncio, p. 304.

⁵³⁸ TARUFFO, Michele. *Senso comum, experiência e ciência no raciocínio do juiz*, p. 8.

passa a argumentar no sentido de justificá-la como sendo a mais justa. Mas a sentença deve conter também uma motivação suficiente (e eficiente) para convencer a sociedade de que o resultado do julgamento é um reflexo do justo. E, finalmente, cabe ao juiz buscar o embasamento para os argumentos utilizados dentro da legislação vigente, de tal forma que possam convencer a comunidade jurídica da legitimidade e justiça da decisão, visando sua manutenção, a qual será atingida se os requisitos retóricos expostos corresponderem aos apelos da segurança jurídica e equidade.⁵³⁹

Ao iniciar a motivação probatória, analisando e interpretando os meios de prova, normalmente tem início o processo de convencimento do juiz. Da forma como está valorizada no direito brasileiro a prova testemunhal e, especialmente, o interrogatório, este é um momento crucial. O juiz procura nas respostas dadas, mas sobretudo na expressões e reações dos depoentes, encontrar indícios que levem à credibilidade ou à refutação daquele depoimento como apto a exprimir a utópica verdade sobre o fato.

Nessa fase, pode formar-se o convencimento do juiz em relação à inocência ou à culpabilidade do acusado, embora o momento decisório ainda esteja longe, o que implica em ter maestria para ditar os termos de audiência, de modo a não deixar transparecer seu posicionamento. Tal forma de proceder decorre do fato de que, ao sentenciar, ele necessita fundamentar com uma certa objetividade seu convencimento. Por outro lado, os motivos pessoais e ideológicos (determinadores da formação de sua personalidade, da sua concepção da vida e visão de mundo) também podem interferir para uma interpretação mais flexível ou rigorosa dos meios de prova.⁵⁴⁰

Por via de consequência, há todo um conjunto de fatores metajurídicos a influenciar a decisão judicial, embora na maioria das vezes esse processo seja imperceptível e transcorra de forma inconsciente. Não há necessariamente, portanto, o significado de malícia ou má-fé nessa forma de agir, mas, antes, constitui-se apenas nos valores adquiridos ao longo da vida, os quais determinam a formação da

⁵³⁹ BRUM, Nilo Bairros de. *Requisitos retóricos da sentença penal*, p. 86-87.

⁵⁴⁰ Conforme PORTANOVA, Rui. *Motivações ideológicas da sentença*, p. 15-17.

personalidade, das crenças, ideologias, enfim, daqueles elementos que constituem todo ser humano, inclusive daquele que exerce a função de julgador.

Mas há que se perquirir até que ponto, ou em que medida, devem tais fatores metajurídicos serem utilizados (ou servirem de embasamento) na decisão judicial, notadamente em se tratando do senso comum advindo dos estereótipos ou de visões simplistas mitificadas e consolidadas ao longo do tempo, principalmente quando sua origem remonta a processos obscuros de imposição de uma pseudo-verdade, como forma de encobrir objetivos nem sempre tão nobres (como ocorre em relação ao silêncio e sua interpretação mais comum, ou seja, o tão aludido *quem cala consente*).⁵⁴¹ Conforme Michele Taruffo, os

...mitos das sociedades homogêneas e estáveis e das culturas simples, claras e comum a todos, se em algum tempo tiveram um sentido uma correspondência à realidade, já foram subvertidos pelas transformações políticas, econômicas, sociais e culturais da época moderna, especialmente da época que agora se costuma chamar pós-moderna. Por muitas razões, está hoje em crise o arquétipo do Estado-nacional, que por muito tempo representou a moldura tradicional (não conscientizada) das usuais idéias de sociedade e de cultura, e a múltipla fragmentação social e cultural tomou o lugar das velhas imagens totalizantes e coerentes da sociedade e da cultura (...) Assim como o juiz não é mais (admitindo-se que em algum tempo ele o haja realmente sido) a boca *inanimada* da lei, teorizada por Montesquieu, nem um passivo aplicador de normas simples mediante deduções formais, ele não é mais (admitindo-se que em algum tempo ele o haja realmente sido) um passivo usuário de noções metajurídicas fornecidas *ready made* pela experiência coletiva, ou um elementar consumidor de regras e critérios dispostos de modo claro, completo e coerente no *depósito* constituído pelo senso comum. Em uma palavra: o juiz não tem mais a sua disposição uma imagem simples e ordenada do mundo, à qual possa reportar-se como *pano de fundo* de seus raciocínios.⁵⁴²

Dentro dessa perspectiva, a opção do acusado pelo silêncio deve ser (re)considerada apenas sob a ótica de uma negativa de colaboração com a construção probatória e, sob esse prisma (o probatório), o silêncio não deve ultrapassar o limite do *não ser*, sendo contraditório possibilitar ao juiz que interprete *um nada* como indício de culpabilidade. Por outro lado, como o silêncio não possui os requisitos necessários para ser entendido como um indício, inexistente a premissa ensejadora da presunção de

⁵⁴¹ A respeito vide o primeiro capítulo deste trabalho.

⁵⁴² TARUFFO, Michele. *Senso comum, experiência e ciência no raciocínio do juiz*, p. 39-40.

culpabilidade, sendo esse posicionamento corroborado pelo princípio da presunção de inocência.⁵⁴³

A visão inquisitorial, segundo a qual o indivíduo deve colaborar ativamente na produção da prova, e que possibilita a interpretação do silêncio como um fator indicativo da autoria criminosa, apresenta uma visão simplista e reducionista do tema. Aqui, o silêncio deve ser visto sob um prisma diverso, e inicialmente pode ser dito que o indivíduo se cala por vários motivos, entre os quais pode estar a sua culpabilidade, mas, definitivamente, este não é o único, e muito menos o último escopo que deve ser inferido de tal atitude.

Isto porque, em relação à sua utilização, a opção pelo silêncio surge como uma forma de autodefesa⁵⁴⁴ ou como defesa técnica (obrigatória e irrenunciável), quer seja na fase extrajudicial, quer na judicial, como legítimo instrumento do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório e da presunção de inocência.⁵⁴⁵

⁵⁴³ Analisando uma decisão do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo favorável à interpretação do direito ao silêncio como indicio de culpabilidade (Ap. nº 1.001.23517 – 11ª Câm. – j. 26.02.1996 – Rel. Juiz Renato Nalini) manifesta-se da seguinte forma NIÑO, Luis Fernando. Hay jueces en Brasil? *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, n. 16, p. 343-352, out./dez. 1996, p. 349: “Interpretar el silencio como indicio de culpabilidad significa ignorar la propia razón de ser del movimiento de ideas de la Ilustración y de su precipitado jurídico, el constitucionalismo contemporáneo, por cuanto supone desconocer que el motivo inicial de las gestas de 1776 y 1789 y de la lucha bicentenaria contra el absolutismo, fue el de hacer del Derecho Penal una Carta Magna del individuo frente al poder estatal. Paralelamente, cifrar en la virtual deposición del imputado cualquier expectativa adquisitivo-probatória implica desvirtuar el carácter sustancial de medio de defensa material de la declaración indagatoria; y el magistrado que así opera navega, siglos atrás, hacia las tormentas – y los tormentos – de la Inquisición. Como si con lo dicho no bastara, en Brasil existe algo más que esos importantes argumentos iusfilosóficos, políticos e históricos: la Constitución de 1988 garantiza a todo individuo preso – trátase de un brasileño o de un extranjero residente – la información acerca de sus derechos, *‘entre ellos, el de permanecer callado’* (art. 5º, inc. LXIII). El juez que desoye esa premisa básica trastoca burdamente el orden normativo al que debe obediencia, por cuanto soslaya la Carta Magna de su país.”

⁵⁴⁴ No sentido de que a autodefesa é feita pelo próprio acusado ou indiciado, seja pela possibilidade de posicionar-se frente às provas e alegações aduzidas, seja através do direito de audiência, quando pode influir sobre o convencimento do juiz durante o interrogatório e de que há um direito de defender-se, não um ônus, vide BETTIOL, Giuseppe. BETTIOL, Rodolfo. *Istituzioni di diritto e procedura penale*, p. 150.

⁵⁴⁵ Conforme AZEVEDO, David Teixeira de. O interrogatório do réu e o direito ao silêncio, p. 289: “Se o interrogatório é meio de prova, sua ausência efetiva pelo não oferecimento de declarações do réu significa apenas ter inexistido a produção de elementos probatórios por conveniência da defesa. O silêncio do réu no interrogatório, destarte, é a voluntária ‘improdução’ de prova, muita vez a significar o exercício da autodefesa ou a atuação estratégica da defesa técnica.”

No entanto, o primeiro requisito para que se concretize efetivamente o exercício da defesa é a oportunidade para que o indiciado ou acusado, assim como seu advogado, conheçam a imputação feita. Somente após o conhecimento da narrativa dos fatos poderá efetivar-se o contraditório, sendo traçada a forma de contrapor-se às provas e aos argumentos da acusação. Nesse momento, pode surgir a opção pelo silêncio, seja pela insegurança decorrente do desconhecimento acerca da imputação ou como uma negativa em participar da produção da prova.

Como opção pessoal que é, cabe ao acusado na autodefesa “...escolher os melhores meios e modos de exercer seu direito ao e no contraditório, sem que nenhuma presunção, quanto mais de culpabilidade, advenha do silêncio.”⁵⁴⁶

O silêncio do acusado, suspeito ou indiciado, pode decorrer, também, de orientação técnica do advogado por entender ser a renúncia probatória a melhor estratégia, ficando, por consequência, esse ônus integralmente à cargo da acusação.

Com efeito, inúmeras podem ser as motivações do acusado para preferir silenciar: desconhecimento dos trâmites do processo, de seus direitos, da forma de agir dos atores do processo criminal, e inclusive insegurança devido ao fato de não haver contatado antes com um advogado. E mais, pois

...nos casos em que o acusado não quer responder, não se pode, simplesmente, ver nesse comportamento, sem mais nada, uma presunção de culpabilidade. Podem determinar-se, às vezes, situações tão dramáticas, que em virtude delas o acusado inocente não tem a coragem de se acusar abertamente de um crime que não cometeu, mas não proclama a sua inocência, por várias razões: a) porque a prova da sua responsabilidade num crime cometido em determinado dia, a uma certa hora, pode funcionar como *álibi* em relação à imputação de um crime mais grave; b) porque a reconstituição feita pela acusação não pôs a claro circunstâncias que poderiam agravar a sua posição processual; c) para salvar o verdadeiro culpado, facto que já se tem verificado, por parte de esposas e de mães. E outras razões podem ser sugeridas por circunstâncias não previsíveis, porque estão fora de toda a lógica, como se verifica, freqüentemente, em relação a homens e a acontecimentos que estão para além da normalidade.⁵⁴⁷

Outro fator que pode ensejar a opção pelo silêncio é o estado psicológico alterado do indivíduo submetido ao interrogatório, o qual poderá levá-lo a desencadear

⁵⁴⁶ AZEVEDO, David Teixeira de. O interrogatório do réu e o direito ao silêncio, p. 289; No mesmo sentido vide ROSSETTO, Enio Luiz. *A confissão no processo penal*, p. 158;

⁵⁴⁷ ALTAVILLA, Enrico. *Psicologia judiciária*, v.2., p. 27.

processos alteradores da memória, mormente quando submetido a grandes emoções. Poderá ocorrer, outrossim, devido ao seu temperamento, uma série de contradições, levando os mais desavisados a interpretar tal sinal como indício de falseamento da verdade. Percebendo ser este um momento crucial, no qual sua vida pode ser decidida pela interpretação de suas reações ou por suas palavras, o inocente pode empalidecer, fraquejar, pode ficar estupefato ante alguma pergunta e optar por calar, enquanto o culpado, principalmente aquele mais acostumado aos rituais forenses, pode sentir-se confortável em mentir.⁵⁴⁸

Do silêncio, portanto, podem surgir inúmeras facetas, as quais não necessariamente correspondem a um único significado, mas, ao contrário, o

...silêncio significa de múltiplas maneiras e é o objeto de reflexão de teorias distintas: de filósofos, de psicanalistas, de semiólogos, de etnólogos, e até mesmo os lingüistas se interessam pelo silêncio, sob a etiqueta da elipse e do implícito. Além disso, há silêncios múltiplos: o silêncio das emoções, o místico, o da contemplação, o da introspecção, o da revolta, o da resistência, o da disciplina, o do exercício do poder, o da derrota da vontade, etc. A partir da concepção não-negativa do silêncio, e da observação de seus modos de existência, outra questão se impõe: como compreender o silêncio? (...) Sem considerar a historicidade do texto, os processos de construção dos efeitos de sentidos, é impossível compreender o silêncio.⁵⁴⁹

Por conseguinte, e no restrito cenário do caso penal, carece o juiz das condições mínimas para interpretar o silêncio, e quando se propõe a fazê-lo, geralmente é com fulcro no senso comum,⁵⁵⁰ principalmente aquele baseado em

⁵⁴⁸ Conforme ALTAVILLA, Enrico. *Psicologia judiciária*, v.2, p. 14-25.

⁵⁴⁹ ORLANDI, Eni Puccinelli. *As formas do silêncio* : no movimento dos sentidos, p. 44-47.

⁵⁵⁰ Conforme TARUFFO, Michele. *Senso comum, experiência e ciência no raciocínio do juiz*, p. 10-11: “Em sentido geral, como é sabido, a noção de *senso comum* é tão difusa quanto indeterminada e imprecisa. Ela é extremamente difícil de definir, inclusive por suas numerosas conotações filosóficas, sociológicas e até mesmo antropológicas, de modo que não é possível elaborar uma sua definição com a pretensão a ser satisfatória. Pode-se no máximo esclarecer que aqui se fala de *senso comum* em uma acepção ampla e abrangente, capaz de incluir inclusive: a) as condições de base que na cultura de uma época definem o que se pode dizer e pensar e como isso pode ser pensado, ou seja, aquelas categorias fundamentais que Michel Foucault designou com o nome de *episteme*; b) um conjunto de certo modo intermediário de noções mais específicas e contingentes, que no entanto habitualmente se exprimem na forma de *máximas* ou *regras* consideradas produzidas pela experiência comum (esse conjunto inclui ainda outros elementos também derivados da experiência e referentes tanto ao uso da linguagem – estruturas lingüísticas de uso corrente e significados consolidados – quanto à percepção e interpretação da realidade segundo esquemas ou modelos de situações ou de sucessões de eventos que a experiência comum faz considerar típicos de determinadas situações; c) finalmente – e esse é evidentemente o plano superficial – dados isolados do conhecimento que constituem boa parte do patrimônio cultural reputado próprio ao protótipo do *homem médio* em um certo lugar e contexto social, assim como em dado momento histórico (a propósito falaria o jurista em *atos notórios*).”

máximas de experiência, as quais nem sempre traduzem uma realidade ou verdade que se quer compatível. É nesse contexto, do senso comum popularesco, que o silêncio não deve traduzir nada e nenhuma ilação deve ser permitida fazer acerca dele.⁵⁵¹

Obviamente, se perquirir a respeito dos aspectos filosóficos, semióticos, enfim, uma análise mais profunda e científica dos recônditos do ser humano, por certo se pode almejar alguma significação do silêncio, mas certamente as restrições impostas em um processo inibem, senão mascaram, uma interpretação mais consentânea com a realidade, inviabilizando, dessa forma, o surgimento do real significado de tal conduta (se é que possível).

A experiência, a ciência e o senso comum de que o juiz se utiliza, mormente em tempos de pós-modernidade, não oferecem os instrumentos adequados a tal mister, e nem poderiam, pois a perquirição está muito mais para o terreno das ilações do que para o mundo das certezas, ou seja, nem sequer se pode, a partir dela, chegar a uma verdade compatível ou numa única certeza.

Face à multiplicidade dos motivos ensejadores do silêncio e das formas de interpretá-lo, conforme seja analisado pela psicologia, psiquiatria ou lingüística, surgirá uma nuance nova a embasá-lo, o que leva à afirmação de estar o juiz desprovido de condições de aferir e interpretar a opção do acusado senão pelos motivos expostos, mas ainda por defrontar-se com o depoente poucas vezes, o que torna ainda mais precária qualquer afirmação (ou conclusão) a respeito.

Dessa forma, não resta outra opção para o julgador, que se pretende justo, a não ser acatar o silêncio do acusado como determina a Constituição Federal: em termos probatórios, um nada; em relação à sua significação (interpretação), como algo

⁵⁵¹ Somente a mudança do pensamento jurídico dos operadores do direito e do senso comum, inclusive da sociedade, poderá conferir ao silêncio sua real dimensão, ou seja, a mera inserção de direitos na legislação processual penal não terá o condão de determinar sua eficácia, embora seja necessária e provavelmente irá auxiliar nesse processo. Vide anteprojeto de lei elaborado por comissão de juristas presidida por Ada Pellegrini Grinover, instituída pela Portaria nº 061/2000, relativo ao interrogatório, especialmente o artigo 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 responder perguntas que lhe forem formuladas. Parágrafo único. O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa e tampouco poderá influir no convencimento do juiz.”

indecifrável no contexto (no ambiente) de uma decisão judicial; e quanto à sua utilização, simplesmente como uma estratégia de auto-defesa ou de defesa técnica, dela nada podendo ser inferido. Neste contexto, o que avilta, por evidente, é ter ciência do lapso de vigência da Constituição Federal e ainda precisar seguir batalhando pela sua efetivação.

CONCLUSÃO

O direito ao silêncio, embora esteja atualmente assegurado constitucionalmente e também figure consignado no Código de Processo Penal em vigor, não é observado no Brasil em sua plenitude, principalmente pela precipitada, senão equivocada, interpretação que advém a respeito de quem dele faz uso. Isto porque o senso comum, segundo o qual *quem cala consente* (e é o culpado), inviabiliza sua observância, impregnando, de forma recorrente e danosa, o cotidiano forense, a mídia e a opinião pública em geral.

O silêncio, como aqui foi pesquisado, constitui-se apenas, e tão-somente, em um direito assegurado pela Constituição Federal, e como tal deve ser compreendido e tratado, fruto que é da tentativa de (re)construção de um Estado Democrático de Direito, o que, certamente, implica no rompimento (nem sempre exitoso) de determinados paradigmas (ou resquícios) inquisitórios, historicamente contidos no processo penal.

Assim é que o direito ao silêncio não é encontrado nos primórdios da história do processo penal, da forma como é mais conhecido atualmente, ou seja, como o direito de calar perante a autoridade que interroga. Como se constitui num direito intimamente ligado ao direito de defesa, uma forma de identificá-lo é por meio de seu corolário, o privilégio contra a auto-incriminação e sua evolução no contexto dos sistemas processuais penais.

Desta maneira, perquirindo sobre a importância conferida à confissão (supremo objetivo do interrogatório) e às formas, na maioria das vezes, ignóbeis de

obtê-la, é possível verificar sua incidência no estágio evolutivo pesquisado. Assim, nos períodos caracterizados pela barbárie, tortura e fraude, o direito ao silêncio foi sacrificado em prol dos interesses dominantes (sistema inquisitório). Da mesma forma, no chamado sistema misto, o processo penal conferiu secundária importância à realização de tal privilégio, que só se efetiva com a introdução do sistema acusatório, próprio dos regimes democráticos.

No Brasil, a história não discrepa. Durante os períodos de regimes políticos autoritários, houve o enfraquecimento do direito de defesa, arrastando consigo o privilégio contra a auto-incriminação, havendo, por outro lado, maior destaque nos períodos onde o respeito aos direitos e garantias individuais se acentuou.

O direito ao silêncio constou, de forma explícita, pela primeira vez, apenas na atual Constituição Federal, embora o privilégio contra a auto-incriminação possa ser encontrado de forma implícita nas Constituições anteriores. Entretanto, sua utilização foi, por diversas vezes, conspurcada por regimes políticos ou por grupos obstinados na manutenção do poder à custa da supressão de direitos e garantias individuais, especialmente aquelas asseguradoras do processo criminal, já que ele e o direito penal são importantes (senão os mais importantes) instrumentos de repressão.

Na atual Constituição Federal, os princípios do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório, da presunção de inocência, aliados ao direito à intimidade, formam um conjunto harmonioso indispensável à efetivação do direito ao silêncio, uma vez que este não basta em si mesmo considerado, mas, antes, impescinde de uma gama de condições favoráveis à autodefesa e à defesa técnica do acusado.

Apesar desse conjunto de princípios e da inserção expressa na Constituição Federal, ainda hoje existem situações de flagrante desrespeito tanto do direito ao silêncio, como do privilégio contra a auto-incriminação (como recentemente mostraram as Comissões Parlamentares de Inquérito).

O senso comum, reforçado pelo adágio popular *quem cala consente* o qual devido à secularidade de suas lições familiares influenciou nossa legislação processual penal e foi um dos ensejadores do descumprimento do direito ao silêncio. Tanto a consciência do legislador, como a do julgador, e a da população em geral, foram delineadas a partir de estereótipos ou visões simplistas mitificadas e consolidadas ao longo do tempo. E é nesse contexto que nossa legislação processual penal, de forma inquisitorial, disciplina o direito ao silêncio, inviabilizando sua utilização ao possibilitar ao julgador interpretar a opção pelo silêncio de forma prejudicial ao acusado.

Baseado no senso comum, ainda existe quem alegue que o silêncio é um indício do qual pode ser inferida a culpabilidade do agente, quando na realidade ele não possui os requisitos necessários para ser considerado um indício, descabendo, portanto, a presunção de culpabilidade de quem faz uso de tal direito constitucional.

Ocorre que o silêncio não é um meio de prova, mas, ao contrário, é a resoluta improdução probatória e não permite que dele se infira nenhuma conclusão (já que seria, no mínimo, insensato e incongruente interpretar o uso de um direito como meio de prova, e principalmente em desfavor do acusado). O que o juiz deve interpretar e analisar são as provas carreadas aos autos, não o silêncio do acusado.

Sendo a instrução probatória um dos momentos mais importantes do processo criminal, durante o qual se procede ao interrogatório (em que pese o ato estar inserido na fase postulatória), este é o principal estágio onde o direito ao silêncio pode ser utilizado, ou seja, calar é a maior expressão do direito ao silêncio, mas não se restringe a essa possibilidade, podendo ser exercitado em todas as ocasiões onde haja a oportunidade de auto-incriminação contrária à vontade do agente. Cabe, portanto, falar em direito ao silêncio quando o indivíduo se recusa a participar de acareações, de reconstituições, de submeter-se a detectores de mentiras, bafômetros, testes de equilíbrio, mapeamento cerebral, exames de materiais corpóreos, filmagens e gravações clandestinas, interceptações telefônicas, quebra de sigilo bancário, violação de correspondência ou de residência, em desconformidade com a legislação, ou seja, o acusado não pode ser transformado em objeto de prova contra si mesmo, contrariando sua vontade livre e consciente.

O direito ao silêncio, em todas as suas variantes, pode ser exercido quer seja na fase judicial ou na extrajudicial, nas Comissões Parlamentares de Inquérito, nos procedimentos administrativos, na Justiça Militar, Eleitoral, enfim, em todos os tipos de processos e procedimentos e até mesmo antes da instauração de qualquer deles.

O direito ao silêncio é assegurado não apenas ao suspeito, indiciado ou acusado, mas também à testemunha, quando esta anteveja que o que disser poderá ser usado contra ela própria. Como extensão, ainda, do direito ao silêncio, há a possibilidade do acusado mentir, inclusive, sobre sua identidade, sem que seja possível qualquer tipo de punição.

Os Tribunais vêm timidamente reconhecendo o direito ao silêncio, mas ainda está longe o tempo de se alcançar o realce e a plenitude que merece e exige o tema para sua efetivação. Ocorre que nosso sistema processual penal ainda mantém resquícios inquisitoriais e, por conseguinte, é orientado para a busca da confissão (a *rainha das provas*) como um instituto capaz de apaziguar a consciência do magistrado ao prolatar a sentença condenatória.

Esta mitificação da confissão, bem como a iníqua conclusão a que chegam a maioria das pessoas quando o acusado se cala (manifestada pelo velho jargão *quem cala consente*), impossibilita a compreensão do (ir)real significado do silêncio do réu no processo penal, ou seja, o que ele *não é*.

Com efeito, no restrito campo em que se desenvolve o processo penal não há a mínima possibilidade (precisa e factível) de se admitir uma interpretação do silêncio do acusado pelo juiz, devido à variedade de motivos que podem ensejar sua utilização e da escassez de meios para que o magistrado possa interpretá-lo com probabilidade razoável de acerto, ou seja, é impossível e temerário seu entendimento no contexto do *caso penal*.

Assim é que, devido à incompatibilidade ideológica de orientação da nossa democrática Constituição Federal com o Código de Processo Penal (fruto de inspiração ditatorial), pode-se afirmar acerca da derrogação dos artigos 186 e 198, e a total revogação do artigo 191, todos do diploma processual penal. Conseqüentemente, ao juiz não é dada a possibilidade de interpretar a opção pelo silêncio em prejuízo do acusado, já que, em realidade, nada pode ser inferido do silêncio, uma vez que ele se constitui nisto: um nada.

Por outro lado, há a necessidade de uma alteração substancial da legislação processual penal, visando adequá-la aos preceitos constitucionais. Apesar de já estar em estágio avançado um anteprojeto de lei que modifica substancialmente o entendimento que deve ser dado quando o acusado silencia, a mudança mais importante (e efetiva) deve ocorrer no pensamento jurídico dos operadores do direito, e por que não admitir, da própria sociedade, sob pena de se ter, uma vez mais, apenas a letra morta da lei, sem nenhum efeito no cotidiano forense. Afinal, não basta a codificação de direitos se o silêncio, mesmo que sub-repticiamente, atuar sobre o convencimento do juiz de forma desfavorável a quem dele fizer uso, uma vez que deve ser considerado, sob a ótica do magistrado, apenas como uma estratégia da autodefesa ou da defesa técnica.

O direito ao silêncio, nos seus variados matizes, não prejudica a busca da (utópica) verdade, já que é uma expressão do direito à intimidade, um refúgio para o exercício da interioridade, em nada interferindo na colheita da prova, se esta for desindexada da confissão.

Portanto, somente uma mudança política e cultural na visão contemporânea, apta a promover a derrocada do senso comum no tocante ao direito de calar, poderá dar-lhe sua exata dimensão: como meio de prova é um nada, um não ser; em relação à sua interpretação pelo julgador, deve ser visualizada sua total impossibilidade; e, finalmente, a única dimensão possível para o direito ao silêncio é apenas o entendimento de ser ele uma estratégia de defesa, seja da autodefesa ou da defesa técnica.

REFERÊNCIAS

ADORNO, Sérgio. *Os aprendizes do poder : o bacharelismo liberal na política brasileira*. Rio de Janeiro : Paz e Terra, 1988.

ALMEIDA, Angela Mendes de. *O gosto do pecado : casamento e sexualidade nos manuais de confessores dos séculos XVI e XVII*. Rio de Janeiro : Rocco, 1992.

ALMEIDA, Candido Mendes de. *Código philippino ou ordenações e leis do reino de Portugal recopiladas por mandado d'el-rey D. Philippe I*. 14. ed. Rio de Janeiro : Typographia do Instituto Philomathico, 1870.

ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes. *O processo criminal brasileiro*. 4. ed. São Paulo : Freitas Bastos S/A, 1959. v.1 e 2.

ALTAVILLA, Enrico. *Psicologia judiciária*. 3 ed. Coimbra : Arménio Amado, 1982. v. 1 e 2.

ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil : processo de conhecimento*. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2000. v.2.

ANDRADE, Christiano José de. Dos indícios no processo penal. *Justitia*, São Paulo, v. 72, p. 87-98, 1º trimestre de 1971.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. Coimbra : Almedina, 1987.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *A ilusão da segurança jurídica : do controle da violência à violência do controle penal*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1997.

_____. Do paradigma etiológico ao paradigma da reação social : mudança e permanência de paradigmas criminológicos na ciência e no senso comum. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 14, p. 276-287, abr./jun. 1996.

AQUINO, José Carlos G. Xavier de; NALINI, José Renato. *Manual de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1997.

AQUINO, Kleber Leyser de; ARO, Luciana R. *Ilegalidade e inconstitucionalidade da prisão de Chico Lopes na cpi dos bancos*. Disponível em: <<http://www.jus.com.br/doutrina/chico.html>> Acesso em : 19 out. 1999.

ARANHA, Adalberto José Q. T. de Camargo. *Da prova no processo penal*. 5. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1999.

ARAÚJO, Nádia de, ALMEIDA, Ricardo R. O tribunal do júri nos Estados Unidos : sua evolução histórica e algumas reflexões sobre seu estado atual. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 15, p. 200-216, jul./set. 1996.

AZARA, Antonio, EULA, Ernesto. *Novissimo digesto italiano*. Torino : Sociale Torinese, 1962. v.8

AZEVEDO, David Teixeira. O interrogatório do réu e o direito ao silêncio. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 682, p. 285-295, ago. 1992.

BAPTISTA, Francisco das Neves. *O mito da verdade real na dogmática do processo penal*. Rio de Janeiro : Renovar, 2001.

BARANDIER, Antonio Carlos. Confissão : supremo objetivo da investigação. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 3, p. 79-82, jul./set. 1993.

BARBIERO, Louri Geraldo. O direito constitucional do réu ao silêncio e suas conseqüências. *Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros*, Rio de Janeiro, n. 5, p. 215-224, 1998.

BARREIROS, José Antonio. *Processo penal*. Coimbra : Almedina, 1981.

BARROS, Antônio Milton de. A defesa do acusado e sua intervenção no interrogatório judicial. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 14, p. 131-140, abr./jun. 1996.

BARROS, Romeu Pires de Campos. *Direito processual penal brasileiro*. São Paulo : Sugestões Literárias, 1969. v.1.

_____. *Sistema do processo penal*. Rio de Janeiro : Forense, 1987. v.1.

BARROSO, Luiz Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas : limites e possibilidades da constituição brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil : promulgada em 5 de outubro de 1988*. São Paulo : Saraiva, 1989. v.2.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo : Hemus, 1983.

BETANHO, Luiz Carlos. A atenuante da confissão espontânea na prática judiciária. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 683, p. 277-282, set. 1992.

BETTIOL, Giuseppe; BETTIOL, Rodolfo. *Istituzioni di diritto e procedura penale*. 6. ed. Padova : CEDAM, 1995.

BÍBLIA. Deuteronomio. Português. *Bíblia Sagrada*. São Paulo : Livraria Editora Iracema Ltda, 1979. Cap. 19, vers. 15.

BIZZOTTO, Alexandre; RODRIGUES, Andreia de Brito. *Processo penal garantista : visão constitucional e novas tendências*. Goiânia : AB, 1998.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo : Malheiros, 1997.

BRUM, Nilo Bairros de. *Requisitos retóricos da sentença penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

BUENO FILHO, Edgard Silveira. *O direito à defesa na constituição*. São Paulo : Saraiva, 1994.

BUONO, Carlos Eduardo de Athayde, BENTIVOGLIO, Antônio Tomás. *A reforma processual penal italiana reflexos no Brasil : novos institutos processuais : procedimentos e ritos abreviados : a influência anglo-saxônica*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1991.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3. ed. Coimbra : Almedina, 1999.

CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de direito processual civil*. São Paulo : Classic Book, 2000. v.2.

CARVALHO, Amilton Bueno de. Nós, juízes, inquisidores (ou da não presença do advogado no interrogatório). In: BONATO, Gilson (Org.). *Direito penal e processual penal : uma visão garantista*. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2001. p. 1–11.

CARVALHO, José Murilo de. *A construção da ordem : a elite imperial; teatro das sombras; a política imperial*. Rio de Janeiro : Relume-Dumará, 1996.

_____. *A formação das almas : o imaginário da República do Brasil*. São Paulo : Companhia das Letras, 1990.

CARVALHO, Ricardo Cintra Torres de. A inadmissibilidade da prova ilícita no processo penal : um estudo comparativo das posições brasileira e norte-americana. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 12, ano 3, p. 162-200, out./dez. 1995.

CENEVIVA, Walter. *Segredos profissionais*. São Paulo : Malheiros, 1996.

CHAUÍ, Marilena. *O que é ideologia*. São Paulo : Brasiliense, 1981.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Campinas : Bookseller, 1998. v.3.

CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale*. Torino : UTET, 1986.

_____. *Procedura penale*. 5. ed. Milano : Giuffrè, 2000.

CORRÊA, Márcia Maria de Barros. O direito ao silêncio no processo penal. *Revista Literária de Direito*, São Paulo, n. 36, p. 27-28, jul./ago. 2000.

CORWIN, Edward S. *A constituição norte-americana e seu significado atual*. Rio de Janeiro : Jorge Zahar Editor, 1986.

COSTA, Paula Bajer Fernandes Martins da. Publicidade na investigação criminal. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, n. 84, ano 7, p. 13, nov. 1999.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *O direito de estar só : tutela penal da intimidade*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1995.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *A lide e o conteúdo do processo penal*. Curitiba : Juruá, 1998.

_____. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, Curitiba, n. 30, p.163-198, 1998.

_____. O papel do novo juiz no processo penal. In: _____. (Coord.). *Crítica à teoria geral do direito processual penal*. Rio de Janeiro : Renovar, 2001. p. 3-55.

DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. São Paulo : Martins Fontes, 1986.

DETECTOR de mentiras monitora depoimentos. *Jornal do Comércio on line*. Disponível em: <http://www2.uol.com.br/JC/_1999/1612/br1612f.htm> Acesso em: 22 dez. 1999.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito processual penal*. Coimbra : Coimbra Editora, 1974. v.1.

DIAS NETO, Theodomiro. O direito ao silêncio : tratamento nos direitos alemão e norte-americano. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 19, ano 5, p.179-204, jul./set. 1997.

DOTTI, René Ariel. Garantia do direito ao silêncio e a dispensa do interrogatório. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 775, p. 425-431, mai. 2000.

_____. Um pouco da história luso-brasileira. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, n. 10, p. 176-187, abr./jun. 1995.

EYMERICH, Nicolau. *Manual dos inquisidores*. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro-Brasília : Rosa dos Tempos-Edunb, 1993.

FABRETTI, Láudio Camargo. *Considerações jurídicas sobre o sigilo bancário*. Disponível em: <<http://www.tributarista.org.br/content/estudos/sigilo.html>> Acesso em : 20 jan. 2001.

FERNANDES, Paulo Sérgio Leite. Direito e dever ao silêncio. In: BARRA, Rubens Prestes; ANDREUCCI, Ricardo Antunes (Coord.). *Estudos jurídicos em homenagem a Manoel Pedro Pimentel*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1992. p. 302-319.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 17. ed. rev. e atual. São Paulo : Saraiva, 1989.

FERREIRA, Ivete Senise. A intimidade e o direito penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 5, p. 96-106, jan./mar. 1994.

FERREIRA, Wolgran Junqueira. *Direitos e garantias individuais : comentários ao art. 5º da CF/88*. Bauru : Edipro, 1997.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir : nascimento da prisão*. 14. ed. Petrópolis : Vozes, 1996.

FRANCO, Ary Azevedo. *Código de processo penal*. 5. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro : Forense, 1954. v.1.

FREGADOLLI, Luciana. *O direito à intimidade e a prova ilícita*. Belo Horizonte : Del Rey, 1998.

GIANNOTTI, Edoardo. *Tutela constitucional da intimidade*. Rio de Janeiro : Forense, 1987.

GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. 2 ed. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 1995.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *O direito à prova no processo penal*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1997.

_____. O princípio da presunção de inocência na Constituição de 1988 e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 42, p. 30-34, abr. 1994.

GREVI, Vittorio. Diritto al silenzio ed esigenze cautelari nella disciplina della libertà personale dell'imputato. *Politica del Diritto*, Padova, n. 4, p. 531-564, dez. 1994.

_____. "Nemo tenetur se detegere" : interrogatorio dell'imputato e diritto ao silêncio nel processo penale italiano. Milano : Dott. A. Giuffrè Editore, 1972.

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 6. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1998.

_____. *O processo em evolução*. 2. ed. Rio de Janeiro : Forense Universitária, 1998.

_____. O regime brasileiro das interceptações telefônicas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 17, p. 112-126, jan./mar. 1997.

HENDLER, Edmundo S. *Derecho penal y procesal penal de los Estados Unidos*. Buenos Aires : AD-HOC S. R. L., 1996.

HENRIQUES, Élber de Mello. Eu vi a tortura. *Veja*, São Paulo, n. 44, p. 11-15, 3 de novembro de 1999.

IGLÉSIAS, Francisco. *Constituintes e constituições brasileiras*. 3. ed. São Paulo : Brasiliense, 1986.

_____. *Trajatória política do Brasil : 1500-1964*. São Paulo : Companhia das Letras, 1993.

INSTITUTO DE NEUROFISIOLOGIA. *Mapeamento da atividade elétrica cerebral*. Disponível em: <<http://www.infc.com.br/mapeam.htm>> Acesso em : 22 nov. 2000.

JARDIM, Afrânio Silva. *Direito processual penal*. 6. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro : Forense, 1997.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Código de processo penal anotado*. 12. ed. atual. e aum. São Paulo : Saraiva, 1995.

KAFKA, Franz. *O processo*. São Paulo : Companhia das Letras, 1997.

KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. 4. ed. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LEAL, Victor Nunes. *Coronelismo, enxada e voto : o município e o regime representativo no Brasil*. 4. ed. São Paulo : Alfa-Omega, 1978.

LEONE, Giovanni. *Tratado de derecho procesal penal*. Buenos Aires : Ediciones Jurídicas Europa – America, 1961. v.2.

LINS E SILVA, Evandro; GABEIRA, Fernando. 3 questões sobre Câmeras ocultas. *Folha de S. Paulo*, 28 mai. 2000.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Uma introdução à história social e política do processo. In: WOLKMER, Antonio Carlos (Coord.). *Fundamentos de história do direito*. Belo Horizonte : Del Rey, 1996. p. 247-279.

LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. Ampla defesa, contraditório e defesa efetiva. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 725, p.459-468, mar. 1996.

LOPES, Miguel Maria de Serpa. *O silêncio como manifestação de vontade nas obrigações*. 2. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro : Livraria Suissa – Walter Roth, 1944.

LOPEZ, Luiz Roberto. *História do Brasil contemporâneo*. 7. ed. Porto Alegre : Mercado Aberto, 1994.

MACHADO, Luiz Alberto. A presunção constitucional de inocência. *Revista da Faculdade de Direito*, Curitiba, v. 27, n. 27, p. 37-48, 1992/93.

MALATESTA, Nicola Framarino dei. *A lógica das provas em matéria criminal*. São Paulo : Conan, 1995. v.1 e 2.

MARINO, Pedro Luiz Amaral. O dever de informar e o direito ao silêncio : o direito ao silêncio (CF, art. 5º, LXIII); o dever de informar (CTN, art. 197) e o direito de não se auto-incriminar. Inadmissibilidade de discriminação contra o contribuinte. In : OLIVEIRA, Antônio Cláudio Mariz de; CAMPOS, Dejalma de (Coord.). *Direito penal tributário contemporâneo : estudos de especialistas*. São Paulo : Atlas, 1995. p. 113-118.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Do processo de conhecimento : arts. 332 a 363. In: SILVA, Ovídio Batista da (Coord.). *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2000. v.5, t.1.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Campinas : Bookseller, 1997. v.1 e 2.

MÉDICI, Sérgio de Oliveira. Interrogatório do réu e direito ao silêncio. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 694, p. 303-309, ago. 1993.

MELLO, Baptista de. O silêncio no direito. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 751, p.731-743, mai. 1998.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio de igualdade*. 3. ed. 6. tir. São Paulo : Malheiros, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade : estudos de direito constitucional*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo : Celso Bastos Editor-Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo penal*. 7. ed. rev. e atual. São Paulo : Atlas, 1997.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 2. ed. Coimbra : Coimbra, 1998. Tomo IV: Direitos fundamentais.

MITTERMAIER, C. J. A. *Tratado da prova em matéria criminal*. 3. ed. Campinas : Bookseller, 1996.

MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais : teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. São Paulo : Atlas, 1998 – (Coleção temas jurídicos ; 3).

_____. *Direito constitucional*. 2. ed. atual. São Paulo : Atlas, 1997.

MORAIS, Paulo Heber de; LOPES, João Batista. *Da prova penal*. Campinas : Copola, 1994.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; MORAES, Maurício Zanoide. Direito ao silêncio no interrogatório. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 6, p. 133-147, abr./jun. 1994.

NEDER, Gizlene. O direito no Brasil : história e ideologia. In: LYRA, Doreodó Araújo (Org.). *Desordem e processo*. Porto Alegre : Sérgio Antonio Fabris, 1986. p. 145-157.

NEVES, Serrano. *O direito de calar*. Rio de Janeiro : Livraria Freitas Bastos, 1960.

NIÑO, Luis Fernando. Hay jueces en Brasil? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 16, p. 343-352, out./dez. 1996.

NOGUEIRA, Paulo Lúcio. *Curso completo de processo penal*. 4. ed. rev. ampl. e atual. de acordo com a Constituição de 5-10-1988, São Paulo : Saraiva, 1990.

NORONHA, E. Magalhães. *Curso de direito processual penal*. 19. ed. atual. São Paulo : Saraiva, 1989.

NOVAES, Pedro Luis Piedade. *O sigilo bancário e a Lei Complementar nº 105 2001*. Disponível em: <<http://www.tributarista.org.br/content/estudos/sigilo-lei.html>> Acesso em : 20 jan. 2001.

NUCCI, Guilherme de Souza. *O valor da confissão como meio de prova no processo penal*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1997.

ORLANDI, Eni Puccinelli. *As formas do silêncio : no movimento dos sentidos*. 4. ed. Campinas : Editora da UNICAMP, 1997.

PALAZZO, Francesco C. *Valores constitucionais e direito penal : um estudo comparado*. Porto Alegre : Fabris, 1989.

PEDROSO, Fernando de Almeida. *Processo penal, o direito de defesa : repercussão, amplitude e limites*. Rio de Janeiro : Forense, 1986.

PERES, Onir de Carvalho. Prova – essência do processo, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 693, p. 436-439, jul. 1993.

PIERANGELLI, José Henrique. *Processo penal : evolução histórica e fontes legislativas*. Bauru : Jalovi, 1983.

PISAPIA, Gian Domenico. *Compendio di procedura penale*. 4. ed. Padova : Cedam, 1985.

_____. *Lineamenti del nuovo processo penale*. 2. ed. Padova : Cedam, 1989.

PORTANOVA, Rui. *Motivações ideológicas da sentença*. 3. ed. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1997.

PRADO, Geraldo. O direito ao silêncio. *Jurispoiesis. Revista dos Cursos de Direito da Universidade Estácio de Sá*, Rio de Janeiro, n. 1, p. 159-168, mar./jul. 1999.

RAMOS, João Gualberto Garcez. *Audiência processual penal : doutrina e jurisprudência*. Belo Horizonte : Del Rey, 1996.

ROCHA, Luiz Otavio de Oliveira, BAZ, Marco Antonio Garcia. *Fiança criminal e liberdade provisória*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2000.

RODRIGUES, Lêda Boechat. *A corte de Warren (1953-1969) : revolução constitucional*. Rio de Janeiro : Civilização Brasileira, 1991.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Elementos de direito processual civil*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2000. v.2.

ROMEIRO, Jorge Alberto. *Considerações sobre o conceito do interrogatório do acusado*. Rio de Janeiro : Oficinas Alba Gráficas, 1942.

ROSENBERG, Leo. *La carga de la prueba*. Buenos Aires : Ediciones Jurídicas Europa-America, 1956.

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

RUSSOMANO, Rosah. *Lições de direito constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro : José Konfino, 1970.

SANTOS FILHO, Ricardo Toledo. A intimidade e seus reflexos no direito penal. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 746, p. 449-465, dez. 1997.

STRECK, Lênio Luiz. *Interceptações telefônicas e os direitos fundamentais : constituição, cidadania, violência : a Lei 9.296/96 e seus reflexos penais e processuais*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 3 ed. 3 tir. São Paulo : Malheiros, 1999.

_____. *Curso de direito constitucional positivo*. 9. ed. rev. e ampl. de acordo com a nova constituição. São Paulo : Malheiros, 1994.

SILVA, Marco Antonio Marques. *A vinculação do juiz no processo penal*. São Paulo : Saraiva, 1993.

SILVEIRA, Paulo Fernando. *Devido processo legal : due process of law*. Belo Horizonte : Del Rey, 1996.

SIQUEIRA, Galdino. *Curso de Processo Criminal : com referência especial à legislação brasileira*. 2. ed. rev. e augm. São Paulo : Livraria Magalhães, 1924.

SUANNES, Adauto Alonso S. O interrogatório judicial e o art. 153, §§ 15 e 16 da constituição federal. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 572, p. 283-290, jun. 1983.

_____. *Os fundamentos éticos do devido processo penal*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1999.

TARUFFO, Michele. *Senso comum, experiência e ciência no raciocínio do juiz*. Curitiba : IBEJ, 2001.

TORNAGHI, Hélio Bastos. *Instituições de processo penal*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo : Saraiva, 1978. v.2, 3 e 4.

TORÓN, Alberto Zacharias, RIBEIRO, Maurides de Melo. Quem tem medo da publicidade no inquérito?. *Boletim IBCCrim*, São Paulo, n. 84, p. 13-14, nov. 1999.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo : Saraiva, 1990. v.1, 2 e 3.

TOVO, Paulo Cláudio; TOVO, João Batista. *Primeiras linhas sobre o processo penal em face da nova constituição*. Porto Alegre : Sérgio Antonio Fabris, 1989.

TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. São Paulo : Saraiva, 1993.

UNITED STATES. Find Law Internet Legal Resources. *U. S. Supreme Court* : Escobedo v. Illinois, 378 U.S. 478 (1964). Disponível em: <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=378&invol=478>> Acesso em: 30 abr. 2001.

UNITED STATES. Find Law Internet Legal Resources. *U. S. Supreme Court* : Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436 (1966). Disponível em: <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=384&invol=436>> Acesso em: 30 abr. 2001.

UNITED STATES. National Archives and Records Administration. *Amendments 11-27 to the Constitution of the United States*. Disponível em: <<http://www.nara.gov/exhall/charters/constitution/amendments.html>> Acesso em: 30 abr. 2001.

UNITED STATES. National Archives and Records Administration. *The first 10 Amendments to the Constitution as ratified by The States*. Disponível em: <<http://www.nara.gov/exhall/charters/billrights/billrights.html>> Acesso em: 30 abr. 2001.

VELO, Joe Tennyson. *Ensaio sobre a história da criminologia comparada a da psiquiatria*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, n. 29, p. 269-300, jan./mar. 2000.

VERRI, Pietro. *Observações sobre a tortura*. São Paulo : Martins Fontes, 1992.

WOLKMER, Antonio Carlos. *História do direito no Brasil*. Rio de Janeiro : Forense, 1998.