

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL  
FACULDADE DE DIREITO

**TIAGO DEL PONTE**

**Os Reflexos da Autodefesa na Resolução do Processo Penal  
Brasileiro**

**Porto Alegre**

2011

**TIAGO DEL PONTE**

**Os Reflexos da Autodefesa na Resolução do Processo Penal**

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao Departamento de Ciências Penais da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Orientador: Professor Dr. Danilo Knijnik

Porto Alegre

2011

**TIAGO DEL PONTE**

**Os Reflexos da Autodefesa na Resolução do Processo Penal**

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao Departamento de Ciências Penais da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais.

Porto Alegre, 08 de julho de 2011.

Conceito Atribuído: \_\_\_\_\_

**Banca Examinadora**

---

Prof. Dr. Odone Sanguiné  
UFRGS

---

Prof. Dr. Marcos Vinícius Aguiar Macedo  
UFRGS

---

Prof. Dr. Danilo Knijnik  
Orientador  
UFRGS

## RESUMO

O presente estudo pretende analisar a evolução do direito de silêncio e de não autoincriminação do réu em face à mudança legislativa trazida pela Lei nº 10.793/2003, a qual introduziu o texto do artigo 186 do Código de Processo Penal, desautorizando o uso do silêncio em prejuízo do réu, porém deixou de revogar enunciado anterior que permite o uso do silêncio para convencimento do juiz, conforme artigo 198 do Código de Processo Penal. Para tanto, será analisada a progressão histórica, a natureza jurídica, a influência e extensão no processo penal brasileiro de tais direitos com base em conceitos doutrinários e jurisprudenciais. A partir desses conceitos serão distinguidos o direito ao silêncio, o direito de mentir e de contradizer-se e, por conseguinte, examinada sua influência para a confecção da decisão final no processual penal. Serão, portanto, explorados os sistemas de valoração de provas e sua evolução e a resposta judicial ofertada quando do exercício da autodefesa passiva e ativa, incluindo seus limites e a influência para o convencimento judicial.

Palavras-chave: Direito ao Silêncio. Direito à Não Autoincriminação. Autodefesa. Participação do Réu. Produção e Valoração de Provas. Convencimento Judicial. Direito Processual Penal.

## **ABSTRACT**

This study aims to analyze the evolution of the “right to remain silent” and the privilege against self-incrimination of the accused since the legislative change brought by the Law No. 10.793/2003, which introduced the text of the article 186 of the Code of Criminal Procedure and disallowed the use of silence to the detriment of the accused, but failed to revoke previous statement that allows the use of silence to convince the judge, according to article 198 of the Code of Criminal Procedure. In order to explain that, it will be analyzed the historical progression, the legal nature and extent of the influence in the Brazilian criminal procedure of these rights based on such doctrinal and jurisprudential concepts. Based on these concepts, the “right to remain silent” and the right to lie and to contradict himself will be distinguished and, therefore, examined their influence for the production of the final decision of criminal procedure. It will be, therefore, explored the systems of valuation of evidences and their evolution and the judicial response offered to the exercise of active and passive defense of himself, including its boundaries and the influence to judiciary conviction.

Keywords: “Right to Remain Silent”. Privilege against Self-Incrimination. Accused Participation. Valuation of Evidences. Judicial Conviction. Criminal Procedure.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>7</b>
<b>1 DIREITO DE AUTODEFESA E NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO.....</b>	<b>9</b>
1.1 ASPECTOS JURÍDICOS E HISTÓRICOS.....	9
1.1.1 Natureza jurídica e fundamentação legal da autodefesa.....	9
1.1.2 Fundamentos históricos e legais do direito a não autoincriminação.....	14
1.2 DESENVOLVIMENTO E CONSEQUÊNCIAS.....	16
1.2.1 Autodefesa passiva ou direito ao silêncio.....	16
1.2.2 Autodefesa ativa ou direito de mentir.....	22
1.2.3 Direito a não autoincriminação.....	25
1.2.3.1 Direito de não se conformar com a acusação.....	25
1.2.3.2 Direito de não depor contra si.....	28
1.2.3.3 Direito de não contribuir para produção de outras provas.....	30
<b>2. A INFLUÊNCIA DO DIREITO AO SILÊNCIO E A NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO NO PROCESSO PENAL.....</b>	<b>33</b>
2.1 A PRODUÇÃO DE PROVAS.....	33
2.1.1 Sistema acusatório e inquisitório.....	33
2.1.2 A participação do réu.....	35
2.1.2.1 Provas não invasivas.....	35
2.1.2.2 Provas invasivas.....	39
2.1.3 Sistemas de valoração de provas.....	43
2.1.3.1 A íntima convicção.....	44
2.1.3.2 A prova tarifada.....	45
2.1.3.3 O Livre Convencimento Motivado.....	46
2.2 RESPOSTA JUDICIAL.....	49
2.2.1 Autodefesa.....	49
2.2.1.1 Passiva.....	49
2.2.1.2 Ativa.....	51
2.2.1.3 Limitação e Criminalização.....	53

2.2.2 A influência no convencimento judicial.....	57
2.2.2.1 Autodefesa Passiva.....	57
2.2.2.2 Autodefesa Ativa.....	59
<b>CONCLUSÕES.....</b>	<b>63</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>65</b>

## INTRODUÇÃO

O silêncio e a não autoincriminação são direitos que surgiram e desenvolveram-se por muito tempo. Sua influência no direito processual penal foi mais intensa em alguns períodos e mitigou-se em outros devido, basicamente, a questões políticas e religiosas. A partir do fim do século passado com vistas à proteção de direitos fundamentais do cidadão, tais direitos retomaram força no processo penal brasileiro.

A mudança legislativa trazida a partir da lei nº10.792/2003 trouxe como grande avanço a mudança de posicionamento do interrogatório do réu no curso da ação penal, deslocando-o para a posição de última prova a ser produzida. Apesar de em tal ocasião a mudança permitir que o interrogatório seja interpretado exclusivamente como meio de defesa e não como meio de prova, algumas dúvidas devido à omissão do legislador persistiram. Nesse sentido, manteve-se a redação do artigo 198, o qual refere que: *“O silêncio do acusado não importará confissão, mas poderá constituir elemento para a formação do convencimento do juiz.”*

Diante de tais razões, em princípio permitiu o legislador que o silêncio do réu fosse levado em consideração na elaboração da sentença penal. Contudo, tal artigo não está conforme outros enunciados do próprio Código de Processo Penal, que informam que o silêncio do réu não prejudicará sua defesa<sup>1</sup>, bem como contra normas constitucionais de direitos fundamentais e, ainda, legislação contida em tratados internacionais. Ou seja, em vista da não revogação do artigo 198 do Código de Processo Penal, poderia o juiz formar sua convicção e fundamentar sua decisão no silêncio do réu?

Assim, o presente trabalho irá explorar primeiramente a os direitos ao silêncio e não autoincriminação, abordando sua evolução histórica, conformação jurídica e influência no processo penal, na forma ativa e passiva no caso do direito ao silêncio e a extensão geral do direito a não autoincriminação.

A partir de tais tópicos distinguir-se-á o silêncio, como meio de defesa, da

---

<sup>1</sup> Art. 186. Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas.

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

(BRASIL, **Código de Processo Penal**, 1941.)



mentira como meio de prova, criando-se uma linha tênue onde se encontrará a contradição do réu. Sobre essas três possibilidades de exercício do direito de defesa do réu será então abordada sua influência no convencimento do juiz penal e na fundamentação da sentença, ou seja, será delimitada a influência judicial dos direitos ao silêncio e a não autoincriminação.

Sabe-se que em diversas ocasiões os juízes penais utilizam-se das contradições do réu para condená-lo, referindo que a prova produzida pela acusação era suficiente para caracterizar o delito, bem como o réu fora incapaz de refutar tais alegações da acusação. Contudo, tal forma de argumento incentiva um comportamento de esperar-se que a defesa seja capaz de provar a inocência do réu, e não a acusação comprovar a sua tese através de meios próprios, o que se acredita ser contrário ao sistema processual penal vigente, bem como aos princípios que o regem.

Para tanto, serão abordados a produção de provas e a participação dos acusados bem como a evolução do sistema de valoração das provas colhidas em sede de processo penal e, por fim, a resposta judicial dada a partir do exercício de tais direitos, bem como sua limitação e influência no convencimento do juiz penal.

Ao fim deste trabalho, portanto, espera-se que seja verificada a evolução dos direitos ao silêncio e não autoincriminação, bem como sua atual validade perante o processo penal, a fim de que seja constatada a possibilidade ou não de fundamentação de uma sentença condenatória com base no exercício do direito de defesa do réu tanto ativo quanto passivo.

## 1 DIREITO DE AUTODEFESA E NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO

O direito ao silêncio e a não autoincriminação evoluiu ao longo do tempo passando por diferentes sistemas processuais, ora possuindo maior força de proteção ao acusado, ora praticamente inexistindo, levando inclusive ao acusador a forçar o réu a confessar aquilo que não praticou. O exagero no tratamento dado ao réu fez com que os próprios cidadãos quisessem evitar o abuso de poder do Estado, pelo que se levou à codificação de tais garantias. O primeiro capítulo, portanto, trata da evolução desses direitos, seu exercício até os dias de hoje e suas consequências para o mundo jurídico.

### 1.1 ASPECTOS JURÍDICOS E HISTÓRICOS

#### 1.1.1 Natureza jurídica e fundamentação legal da autodefesa

A natureza jurídica da autodefesa poderia ser de direito subjetivo, de direito potestativo ou ainda de faculdade ao exercer o direito, por conseguinte a fim de delimitar qual delas compreende a autodefesa cabe analisar individualmente suas características. O direito subjetivo é longamente debatido na doutrina: Savigny conceituava-o como expressão da vontade, ou seja, como uma vontade psicológica. Seu contraponto era dado por Jhering que dizia que independia da vontade do agente tendo em vista que o direito subjetivo mantinha sua existência apesar da vontade do titular ou, inclusive, contra sua vontade. Assim, o direito subjetivo baseava-se no interesse e não na vontade do agente. A partir de tais ideias, vários doutrinadores elaboraram seus entendimentos<sup>2</sup>.

Para Tércio Sampaio Ferraz Júnior<sup>3</sup>, o direito subjetivo é o atributo de uma pessoa, a partir do qual apresentar-se-ão direitos, faculdades e obrigações ao titular.

---

<sup>2</sup> REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. 4ª tiragem, São Paulo: Saraiva, 2004. p. 271-276.

<sup>3</sup> FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação.

O Direito potestativo, por sua vez, cria um estado de sujeição ao destinatário, criando-se o dever jurídico de se submeter ao direito alheio nada podendo fazer para impedi-lo. O direito potestativo não é suscetível de violação e não exige qualquer comportamento da outra parte. A diferença entre o direito potestativo e o direito subjetivo é explicada por Francisco Amaral:

“O direito potestativo distingue-se do direito subjetivo. A este contrapõe-se um dever, o que não ocorre com aquele, espécie de poder jurídico a que não corresponde um dever mas uma sujeição, entendendo-se, como tal, a necessidade de suportar os efeitos do exercício do direito potestativo. Como não lhe corresponde um dever, não é suscetível de violação e, por isso, não gera pretensões.”<sup>4</sup>

A faculdade jurídica, finalmente, não possui autonomia em relação ao direito, pois aquela decorre deste. Ela pode deixar de ser executada sem que o direito seja perdido ou violado. Assim, a sua diferença com o direito subjetivo é que este não é uma faculdade, pelo contrário, ele possui uma faculdade ou diversas, pois o direito subjetivo é a capacidade e o poder da faculdade. A faculdade jurídica, portanto, seria o meio pelo qual se pode exercer o direito subjetivo, compreendendo-se este como conjunto daquele.

Nesse sentido, a autodefesa não seria compreendida pela natureza jurídica da faculdade jurídica, exceto se faculdade onerosa. Com efeito, apesar do réu não ser obrigado pelo Estado a se defender, o simples fato de deixar de fazê-lo acarreta o ônus de ter que aceitar a decisão apenas utilizando-se da defesa técnica oferecida pelo Estado, a qual não será tão sólida quanto aquela patrocinada pelo próprio réu. Tratar-se-ia de verdadeira faculdade onerosa, pois o réu deverá se sujeitar a decisão tomada independentemente de utilizar de seu direito ou não<sup>5</sup>.

Também não é direito potestativo, pois o Estado pode refutar a defesa apresentada pelo réu. Apesar de ser obrigatória a possibilidade de defesa, no sentido de que não é possível o juiz inadmitir os meios de defesas lícitos, a tese levantada pelo réu pode ser negada pelo juiz em sede de sentença. Da mesma forma, a autodefesa não se apresenta como um dever. O Estado não pode obrigar o

---

4. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 153-154.

<sup>4</sup> AMARAL, Francisco. **Direito Civil: introdução**. 2. ed. aum. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 191.

<sup>5</sup> PEDROSO, Fernando de Almeida. **Processo penal: o direito de defesa: repercussão, amplitude e limites**. 3.ed.rev.atual.e ampl São Paulo: R. dos Tribunais, 2001. p. 34.

réu a se defender, bem como não pode negar-se a ouvi-lo. Além disso, o direito existe por si mesmo, não depende de uma relação jurídica prévia.

Assim, resta apenas para enquadrar como natureza jurídica da autodefesa o direito subjetivo. Nesse bojo, a autodefesa sendo a antítese da acusação, possui ela, também, a mesma natureza jurídica que a acusação. A única diferença seria acerca do objetivo final de cada um dos institutos. Fernando de Almeida Pedroso refere que *“assim, tal como o direito de ação, erige-se a defesa como direito público, subjetivo, autônomo e abstrato”*.<sup>6</sup> Ainda, refere que não há dever imposto, apenas faculdade de exercê-lo.

Portanto, o réu possui um poder de agir. Ele tem o direito inegável a utilizar-se da autodefesa. Caso recuse-se a utilizá-la, arcará com o ônus de sofrer o processo penal com o contraditório prejudicado, ao momento que desejando utilizá-la será ouvido em todas as fases processuais e poderá manifestar-se em todos os atos processuais.

A fundamentação jurídica do direito a autodefesa, por sua vez, inicia pela Constituição de 1988, a qual em seu artigo 5º, inciso LV, prevê: *“aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes,”*<sup>7</sup>. Ou seja, a Carta Magna exprime o direito à ampla defesa, da qual deriva o direito à defesa pessoal e à defesa técnica.

A ampla defesa traz o conceito de que os réus e seus defensores devem estar presentes em todos os atos processuais, principalmente quando se tratar de interrogatório dos acusados, ainda deve ter, ao menos, acesso à impugnação de todos os atos restantes. O processo penal atual regula os meios para a execução da defesa, entretanto tal direito possui suas diretrizes gerais e garantias previstos no Pacto de São José da Costa Rica, o qual possui hoje *status* constitucional, também chamado de Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos. O artigo 8º, prevê o direito à autodefesa em todo processo, devendo ser ouvido o réu na ocasião oportuna:

*“Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente,*

---

<sup>6</sup> PEDROSO, Fernando de Almeida. **Processo penal: o direito de defesa: repercussão, amplitude e limites**. 3.ed.rev.atual.e ampl São Paulo: R. dos Tribunais, 2001. p 34.

<sup>7</sup> BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**, 1988.

*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 outra natureza.*<sup>8</sup>

Outrossim, em sequência ao direito de defesa, o referido Pacto também prevê a garantia de que seja concedido ao acusado tempo e meios para preparar sua defesa, bem como de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor a sua escolha<sup>9</sup>.

Assim, também no Estatuto de Roma, que instituiu o Tribunal Penal Internacional, no artigo 67, item 1, aliena d, primeira parte é previsto tal direito: “[...] o acusado terá direito a estar presente na audiência de julgamento e a defender-se a si próprio ou a ser assistido por um defensor da sua escolha [...]”<sup>10</sup>. As duas normas de âmbito internacional foram incorporadas ao direito interno pelos Decretos 678, de 6 de novembro de 1992, e 4.388, de 25 de setembro de 2002, respectivamente.

O direito de autodefesa está também disciplinado pelo Código de Processo Penal. Sendo o interrogatório a principal garantia da autodefesa, pois é nele que o acusado terá o direito de falar, é no capítulo dedicado a tal ato processual que o legislador brasileiro garantiu a autodefesa do réu. Assim, o artigo 189 expressa: “Se o interrogando negar a acusação, no todo ou em parte, poderá prestar esclarecimentos e indicar provas.”<sup>11</sup> Contudo, não obstante a garantia do réu poder produzir livremente provas, ele poderá, ao ser intimado para depor, escolher a melhor forma para exercer seu direito. Nesse sentido, ensina Eugênio Pacelli de Oliveira:

*“E a Lei nº 10792/03 não deixa margem alguma a dúvidas o interrogatório é meio de defesa – incluído na denominada autodefesa, que consiste no desenvolvimento de qualquer ato ou forma de atuação em prol dos interesses da defesa. Embora meio de defesa, já que o acusado tem o verdadeiro direito a ser ouvido pelo juiz da causa (art. 8º, 1, do Pacto de São José da Costa Rica – Decreto nº 678/92), semelhante modalidade (de defesa)*

<sup>8</sup> OEA, **Convenção Interamericana de Direitos Humanos**, 1969.

<sup>9</sup> “2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

c) concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a 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;”

(OEA, **Convenção Interamericana de Direitos Humanos**, 1969.)

<sup>10</sup> ONU, **Estatuto de Roma**, 1998.

<sup>11</sup> BRASIL, **Código de Processo Penal**, 1941.

*encontra-se no âmbito da disponibilidade do réu, isto é, cabe a ele o juízo de oportunidade e conveniência do exercício de tal direito.*<sup>12</sup>

Da mesma forma, o Código de Processo Penal ao disciplinar a forma como deve ser conduzido o interrogatório, exige que o juiz após executar questionamentos sobre as provas produzidas, ofereça ao réu a oportunidade de alegar o que lhe aprouver em sua defesa. Portanto, permitindo a livre defesa do próprio réu.<sup>13</sup>

A autodefesa não é apenas prevista legalmente, mas também os Tribunais Superiores do Brasil já determinaram que não há só garantia de intimação da defesa técnica da sentença penal condenatória, como também o acusado deve ser intimado pessoalmente, para que mesmo que o defensor não queira apelar, o próprio réu possa manifestar interesse em recorrer. Nesse sentido, já há os julgados do Superior Tribunal de Justiça, Habeas Corpus 3.452-0/DF<sup>14</sup>, e do Supremo Tribunal Federal, Habeas Corpus 73.681/RJ<sup>15</sup>

Deve-se ressaltar que tal direito é previsto para todos os processos de caráter judicial ou que tramitem perante a administração pública. Assim, coube ao Código de Processo Penal delimitar o direito à autodefesa, amparado pela Constituição.

<sup>12</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 35.

<sup>13</sup> Art. 187. O interrogatório será constituído de duas partes: sobre a pessoa do acusado e sobre os fatos.

§ 2º Na segunda parte será perguntado sobre:  
VIII - se tem algo mais a alegar em sua defesa.  
(BRASIL, **Código de Processo Penal**, 1941.)

<sup>14</sup> PROCESSUAL PENAL. RÉU DE BONS ANTECEDENTES E PRIMÁRIO, QUE NÃO FOI PESSOALMENTE INTIMADO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA POR ERRO DO CARTÓRIO. ADVOGADO CONSTITUÍDO INTIMADO. INSUFICIÊNCIA PARA CARACTERIZAR O TRÂNSITO EM JULGADO, DIANTE DOS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA, CONSAGRADOS EXPRESSAMENTE PELA NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL. VIOLAÇÃO DA CLÁUSULA DO DUE PROCESS OF LAW. INTELIGÊNCIA DO INCISO II DO ART. 392 DO CPP. ANULAÇÃO DO PROCESSO PARA QUE O PACIENTE SEJA INTIMADO PESSOALMENTE E POSSA EXERCER O SEU DIREITO DE RECORRER, INDEPENDENTEMENTE DO ENTENDIMENTO CONTRÁRIO DO ADVOGADO CONSTITUÍDO. AMPLA DEFESA É MAIS DO QUE A DEFESA TÉCNICA. COMPREENDE TAMBÉM A AUTO DEFESA.  
(HC 3452/DF, Rel. Ministro ADHEMAR MACIEL, SEXTA TURMA, julgado em 06/06/1995, DJ 04/09/1995, p. 27863)

<sup>15</sup> SENTENÇA CONDENATÓRIA – RÉU PRESO – NECESSIDADE DE DUPLA INTIMAÇÃO: TANTO A DO SENTENCIADO QUANTO A DO SEU DEFENSOR, DATIVO OU CONSTITUÍDO – INOBSERVÂNCIA, NO CASO, DESSA FORMALIDADE ESSENCIAL À PRESERVAÇÃO DA GARANTIA CONSTITUCIONAL DA AMPLA DEFESA – PEDIDO DEFERIDO.  
O Supremo Tribunal Federal firmou orientação no sentido de reconhecer que o direito à ampla defesa – que compreende a autodefesa e a defesa técnica – somente será respeitado, em sua integridade, se tanto o acusado preso quanto o seu defensor, não importando se constituído ou dativo, forem regularmente intimados da sentença penal condenatória. Precedentes.  
(HC 73681, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Primeira Turma, julgado em 20/08/1996, DJ 01-04-2005 PP-00036 EMENT VOL-02185-2 PP-00294 RTJ VOL-00195-02 PP-00498 LEXSTF v. 27, n. 318, 2005, p. 333-341)

### 1.1.2 Fundamentos históricos e legais do direito a não autoincriminação

Apesar de intimamente ligados, os direitos de defesa e de não autoincriminação são garantias bem distintas ao acusado. Nesse contexto, este direito é espécie daquele que é gênero. O direito de defesa, portanto, comporta outras garantias que não apenas o direito de não autoincriminação. De qualquer forma, sua evolução histórica se deu de forma semelhante ao longo do tempo.

Apesar da divergência doutrinária acerca do surgimento do direito a não autoincriminação, acredita-se que a garantia era conhecida no direito hebraico já no século III a.C, pois utilizando-se da regra de que a ninguém era dado o direito de retirar a própria vida, também o acreditava-se que “*o acusado não podia ser levado a depor contra si mesmo, pois sua confissão em relação a um crime punível com a sanção capital permitiria uma forma indireta de suicídio*”.<sup>16</sup>

No período romano, apesar de o acusado não ter a garantia ao silêncio, sendo submetido a tormentas em tais casos, ninguém era obrigado a apresentar documentos ou indicar testemunhas contra si próprio. A sua evolução conjuntamente com o direito de defesa foi semelhante, diante da variação entre abrandamento e rigorosidade dadas pelo Estado ao réu ao longo do tempo.<sup>17</sup>

Da mesma forma, a natureza jurídica desse princípio segue a natureza de direito fundamental subjetivo do direito de defesa. Ele erigiu-se juntamente com os direitos de primeira geração entre as garantias do cidadão contra o Estado. Ele está ligado a própria dignidade da pessoa humana como explica Carvalho Netto:

O *nemo tenetur se detegere*, direito fundamental geral ligado à concepção de liberdade e dignidade da pessoa humana, à medida que assegura o direito ao investigado a não se auto-incriminar, fundamenta a própria legitimidade do Estado Democrático de Direito, preservando-se, portanto, um dos instrumentos fundamentais à concretização do contraditório e da ampla defesa. É justamente na tutela jurídica dos interesses do acusado que repousa a proteção dos direitos fundamentais.<sup>18</sup>

---

<sup>16</sup> TROIS NETO, Paulo Mário Canabarro. **Direito à Não Autoincriminação e Direito ao Silêncio**. 1ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 82.

<sup>17</sup> *Ibidem*, p. 82-83.

<sup>18</sup> MACHADO, Eduardo Muniz. **Delimitação do sentido e alcance do direito ao silêncio. Um estudo sobre a natureza jurídica e aplicabilidade do inciso LXIII do art. 5º da Constituição Federal, que garante o direito de permanecer calado**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 548, 6 jan. 2005. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/6153>>. Acesso em: 23 mar. 2011.

O direito a não autoincriminação foi apropriado pelo direito pátrio conforme consta na Constituição de 1988, artigo 5º, inciso LXIII: “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”<sup>19</sup>. Mesmo que a interpretação literal desse inciso implicaria que apenas o preso, ou seja, aquele que se encontra privado de sua liberdade teria o direito de permanecer calado, o Brasil assinou diversos tratados internacionais já internalizados, com *status* constitucional que abrangem a todos os acusados o direito de não autoincriminação. O Pacto de São José da Costa Rica definiu o direito a não autoincriminação:

“Artigo 8º - Garantias judiciais

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

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

3. A confissão do acusado só é válida se feita sem coação de nenhuma natureza.”<sup>20</sup>

Protegido, portanto, por normas internacionais internalizadas, caso ainda se pense que sua abrangência não seria de cunho constitucional, a partir da natureza jurídica de tal garantia é possível extrair a amplitude de tal direito, ou ainda, de todo o contexto do ordenamento jurídico brasileiro, qual seja, a de princípio fundamental para o exercício da cidadania e da dignidade da pessoa humana:

“Como decorrência do *direito de permanecer calado*, o privilégio contra a auto-incriminação traduz o direito público subjetivo, assegurado a qualquer indiciado, imputado ou testemunha. A jurisprudência do Pretório Excelso (STF, HC 75.244-8/DF, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 26-4-1999) e a doutrina (Antonio Magalhães Gomes Filho, *Direito à prova no processo penal*, p. 113; Antonio Scarance Fernandes, *Processo penal constitucional*, p. 262) entendem que, embora o inciso LXIII do art. 5.º fale em *preso*, a exegese do preceito constitucional deve ser no sentido de que a garantia alcança toda e qualquer pessoa, pois, diante da *presunção de inocência*, que também constitui garantia fundamental do cidadão, a prova da culpabilidade incumbe exclusivamente à acusação, por assim reiterar as nossas anotações ao inciso LV desse art. 5.º.”<sup>21</sup>

“Ademais, o direito de não produzir provas contra si mesmo não pode exclusivamente ser extraído do inciso LXIII do art. 5º da Constituição Federal, mas de todo um conjunto de princípios que asseguram a

<sup>19</sup> BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**, 1988.

<sup>20</sup> OEA, **Convenção Interamericana de Direitos Humanos**, 1969.

<sup>21</sup> BULOS, Lammêgo Uadi. **Constituição Federal Anotada**, 5 ed., revista e atualizada até a Emenda Constitucional nº 39/2002, São Paulo: Saraiva, 2003. p. 315.



vasta amplitude do direito à plena defesa do indivíduo. Dentro do espectro dos direitos e garantias fundamentais há um conjunto orgânico que permite extrair diversos preceitos assecuratórios à defesa que devem ser analisados em consonância, destacando-se entre estes o princípio da ampla defesa, do devido processo legal, da inviolabilidade da intimidade, do domicílio e das comunicações, da presunção de inocência, do direito ao silêncio e da vedação de utilização de provas ilícitas, todos elencados implícita ou expressamente nos diversos incisos do mencionado artigo constitucional.”<sup>22</sup>

## 1.2 DESENVOLVIMENTO E CONSEQUÊNCIAS

### 1.2.1 Autodefesa passiva ou direito ao silêncio

Historicamente, o direito ao silêncio não era amplo e, caso o réu deixasse de prestar depoimento acerca dos fatos em Juízo, poderia sofrer uma condenação baseada no simples ato de não conseguir explicar suas ações. O sistema inquisitório, nesse sentido, sequer dava oportunidade ao réu falar em sua defesa. Com a previsão de o interrogatório ser meio de defesa, entretanto pode o réu utilizar-se do ato processual como verdadeiro momento para livrar-se da condenação penal.

Não obstante, é possível que o réu silencie, no todo ou em parte, como consequência, entretanto, surgirão as seguintes situações: interpretação desfavorável ao réu em qualquer situação, por não saber explicar as circunstâncias do delito, o que, na maioria dos países acontecia no passado, antes de o direito ao silêncio firmar-se constitucionalmente; não ser possível utilizar o silêncio, nem total nem parcial, como forma de embasar a condenação, diante deste direito ser amplo, como é a intenção do legislador brasileiro; e, por fim, no caso do silêncio em parte, utilizar o juiz penal de trechos específicos em desfavor do réu por não saber explicar todas as situações levantadas no interrogatório pela acusação.<sup>23</sup>

---

<sup>22</sup> SALOMÃO, Heloisa Estelita. **O dever de informar e os crimes contra a ordem tributária**. Revista Dialética de Direito Tributário, n ° 3, São Paulo: Oliveira Rocha Comércio e Serviços Ltda, 1995. p. 33.

<sup>23</sup> COUCEIRO, João Claudio. **A garantia constitucional do direito ao silêncio**. São Paulo: R. dos Tribunais, 2004. (Coleção estudos de processo penal Prof. Joaquim Canuto Mendes de Almeida. p.170-173.

Em princípio, os réus não possuíam direito de silêncio, devendo depor perante o juiz quando convocado para interrogatório. A dificuldade em explicar qualquer dos fatos em que estava supostamente envolvido era utilizado contra ele. Assim, em diversos períodos da História, o acusado não podia se negar a responder, sofrendo consequências da condenação caso silenciasse. Assim ensina Paulo Mário Canabarro Trois Neto:

“No direito romano pré-clássico (das origens de Roma até 149 a.C.) o interrogatório constituía o ponto central do procedimento, e nenhum acusado podia se negar a responder ao magistrado, sob pena de flagelo, prisão ou multa. Já no período clássico (149 a.C a 305 d.C.), o silêncio do réu tinha por consequência a confissão, salvo se se tratasse de crime capital, hipótese em que ela não valia como prova plena.”<sup>24</sup>

Após o período romano, a Igreja passou a ter maior influência sobre os procedimentos penais e, com a queda do poder dos dirigentes laicos, o Imperador Justiniano passou à Igreja a regulação do tratamento dado aos acusados. A partir de tal medida, cada vez menos o réu tinha direito de executar sua defesa. Assim, segue a explicação de Trois Neto:

“Em 1215, no IV Concílio de Latrão, com a introdução do *jusjurandum de veritate dicenda* (juramento inquisitivo), pelo qual o acusado estava obrigado a dizer a verdade, a Igreja modifica o entendimento de que a confissão só poderia ser voluntária. Em 1252, Inocêncio IV autoriza o emprego de torturas para a obtenção da confissão e do arrependimento do acusado em casos de heresia cátara.”<sup>25</sup>

Em 1670, na França, o réu só tinha o direito a uma narração, não possuía o direito ao contraditório de todas as provas produzidas pela acusação. Inclusive, tais provas somente eram dadas a conhecimento do acusado no momento da audiência, portanto, não poderia elaborar sua versão dos fatos anteriormente. Na maior parte dos crimes, inclusive não era permitida a presença de advogado. Em relação à sua possibilidade de inexecutar defesa, naquele período, assim ensina Couceiro:

“Se, no interrogatório, o acusado permanecesse em silêncio, tal comportamento era considerado um desrespeito para com a Justiça,

---

<sup>24</sup> TROIS NETO, Paulo Mário Canabarro. **Direito à Não Autoincriminação e Direito ao Silêncio**. 1ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 82

<sup>25</sup> *Ibidem*, p. 82.

e mais inadmissível ainda que o comportamento da pessoa que não comparecia. Todavia, não implicava em confissão e condenação automática. Era, sim, considerado um indício contra o mesmo, caso este não o justificasse. Na verdade, persistindo no silêncio, sem apresentar qualquer justificativa, ou não contestando, na instrução preparatória, o depoimento das testemunhas, o acusado perdia qualquer chance de provar sua inocência.”<sup>26</sup>

Só com o passar do tempo a tortura foi abolida da França, com a publicação de dois editos no reinado de Luís XVI. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão conteve disposições de processo penal que deram abertura para em 1789 ser promulgada uma lei que suprimia o juramento do acusado. Apesar de tais disposições, diversos retrocessos na possibilidade do silêncio do réu ocorreram na França. Somente em 1897, foram promulgadas leis que permitiam o silêncio do acusado, entretanto “*não se excluíam as consequências prejudiciais que o exercício de tal direito poderia trazer para o mesmo. Não se impedia, assim, que o juiz considerasse “suspeita tal conduta”.*<sup>27</sup>

Na Itália, por sua vez, ainda antes da unificação, já havia instrumentos que protegiam o silêncio do réu. Após a unificação, foram introduzidos dispositivos protetivos nos Códigos de Processo Penal, entretanto, em 1930, o Código Rocco aboliu-o, sendo restaurado somente em 1969, pela Lei 932. Outros países da Europa continental como Alemanha, Espanha e Portugal também somente tardiamente consideraram o direito do réu silenciar como não sendo indício de culpabilidade. No primeiro, até 1740 era permitida a tortura que levasse à confissão. Nos outros, igualmente, apenas no século XX foi introduzido nos diplomas legais o Direito ao silêncio, o que demonstra a influência da inquisição para a supressão dos direitos do acusado.<sup>28</sup>

No *common law*, a evolução para garantir os direitos dos réus de se defender foi mais rápida, talvez porque não foi implantada a Inquisição na sua forma continental, surgindo uma outra forma de processo criminal constituída pelo Tribunal do Júri. O sistema inglês determinava que fosse perguntado se o acusado se considerava culpado ou não. Se o acusado permanecesse em silêncio, deveria ser

---

<sup>26</sup> COUCEIRO, João Claudio. **A garantia constitucional do direito ao silêncio**. São Paulo: R. dos Tribunais, 2004. (Coleção estudos de processo penal Prof. Joaquim Canuto Mendes de Almeida. p. 49-50.

<sup>27</sup> COUCEIRO, João Claudio. **A garantia constitucional do direito ao silêncio**. São Paulo: R. dos Tribunais, 2004. (Coleção estudos de processo penal Prof. Joaquim Canuto Mendes de Almeida. p. 57.

<sup>28</sup> *Ibidem*, p. 59-62.

verificado se ele era mudo. Confirmada tal situação, era considerado que ele havia falado: “não culpado” e o processo assim continuava. Caso negativo, em alguns crimes isso levaria à pena de morte, mesmo assim, era concedida algumas horas para que o acusado refletisse na sua decisão de silêncio. Nos crime menos graves, o acusado sofria uma “*peine forte et dure*”, até falar perante a Corte. Não falando, o réu não se submetia ao processo, portanto não era condenado. Assim, não sofria os efeitos patrimoniais da condenação. Diversas são as correntes de como o direito ao silêncio teria evoluído na Inglaterra, não obstante, é correto afirmar que em 1679, já triunfava tal direito em tal país.<sup>29</sup>

No século XIX, já havia uma larga proteção da defesa em seu direito ao silêncio. Em 1848, o *Sir John Jervis's Acts* já determinavam que a polícia deveria advertir o acusado de que poderia manter-se calado, já em 1898 o *Criminal Evidence Act* deu ao réu a possibilidade de escolher entre ficar em silêncio, sem que a acusação pudesse comentar tal atitude, prestar depoimento sob juramento, porém caso verificada a falsidade poderia ser usado contra ele suas declarações, ou ainda prestar depoimento sem juramento. Recentemente, todavia, uma retroação na legislação para beneficiar a autoridade policial foi instituída: após alguns estudos evidenciando que o silêncio só beneficiava os réus, principalmente, aqueles ditos profissionais, foi promulgado o *Criminal Justice and Public Order Act*, o qual determina que a força policial ao prender um acusado deverá informá-lo conforme segue: “*você não tem que dizer nada. Mas pode prejudicar sua defesa se você não declarar, quando questionado, algo do que, mais tarde, pode depender sua defesa na Corte. Tudo o que você disser pode ser usado como prova.*”<sup>30</sup>

Nos Estados Unidos, o direito do réu a não ser submetido à tortura para confessar foi garantido já em 1641 com o Corpo de Liberdades de Massachusetts, o qual ainda dispunha de regras sobre júri e de salvaguardas contra punições cruéis e desumanas. Mesmo assim, tal Carta não tinha eficácia contra a Inglaterra. Com o movimento em direção à autonomia e o aumento da repressão pelos ingleses, os Estados incluíram em suas Constituições tais direitos. Os direitos de defesa apesar de não constantes no texto original da Constituição norte-americana, foram incluídos

---

<sup>29</sup> COUCEIRO, João Claudio. **A garantia constitucional do direito ao silêncio**. São Paulo: R. dos Tribunais, 2004. (Coleção estudos de processo penal Prof. Joaquim Canuto Mendes de Almeida. p. 63-71.

<sup>30</sup> COUCEIRO, João Claudio. **A garantia constitucional do direito ao silêncio**. São Paulo: R. dos Tribunais, 2004. (Coleção estudos de processo penal Prof. Joaquim Canuto Mendes de Almeida. p. 83.

a partir da quinta emenda que prevê:

“ninguém será considerado réu de um crime capital ou infamante, a não ser mediante indiciamento ou denúncia por parte de um júri de acusação, exceto em se tratando de fatos ocorridos nas forças armadas de terra ou mar, ou então na milícia, quando em serviço efetivo em tempo de guerra ou de perigo público; ninguém será sujeito duas vezes, pelo mesmo crime, a penas afetem sua vida ou integridade física, nem será forçado, em qualquer caso criminal, a testemunhar contra si próprio, nem será privado de sua vida, liberdade ou bens, sem o devido processo legal;(...)<sup>31</sup>

A evolução do direito ao silêncio é ligada às decisões da Suprema Corte nos Estados Unidos. Até os anos 1960, apesar de alguns retrocessos, em alguns Estados, que permitiram o depoimento do réu sob juramento, a Suprema Corte proferiu decisões no sentido de manter a liberdade individual dos acusados, permitindo sua ampla defesa. Entre estas decisões, estão os casos *Wilson vs United States*<sup>32</sup>, *Murphy vs Waterfront Commission*<sup>33</sup>, *Escobedo vs Illinois*<sup>34</sup> e *Miranda vs Arizona*<sup>35</sup> que garantiam os direitos de silêncio do réu, bem como o caso *Griffin vs Califórnia*<sup>36</sup>, no qual o réu deixou de depor e o juiz afirmou que o júri poderia levar essa conduta como indício de cometimento do delito, posteriormente a Suprema Corte declarou que a Lei da Califórnia que autorizava tal afirmação do juiz era inconstitucional.<sup>37</sup> Apesar de nos anos 1970, a Suprema Corte retroceder no direito de silêncio do réu, ainda assim é possível estabelecer que a evolução de tal direito nos países de *common law* foi muito anterior em relação aos países do sistema romano-germânico.

No Brasil, apesar da evolução legislativa que determinou que o silêncio não deveria causar repercussões negativas para o réu, inclusive, como citado nos fundamentos legais, dispositivos de ordem constitucional e outros incorporados através de ratificação de tratados internacionais, o Código de Processo Penal ainda apresenta artigo 198 que permite o julgador valorar negativamente o silêncio do réu: “O silêncio do acusado não importará confissão, mas poderá constituir elemento

---

<sup>31</sup> ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, **Constituição dos Estados Unidos da América**, 1787.

<sup>32</sup> *Wilson VS. United States*, 149 US 60 (1893).

<sup>33</sup> *Murphy vs Waterfront Commission* , 378 US 52 (1964).

<sup>34</sup> *Escobedo vs Illinois*, 378 US 478 (1964).

<sup>35</sup> *Miranda vs Arizona*, 384 US 436 (1966).

<sup>36</sup> *Griffin vs Califórnia*, 380 US 609 (1965).

<sup>37</sup> Ver item 2.2.1.1 abaixo.

*para a formação do convencimento do juiz.*<sup>38</sup> Todavia, há doutrinadores que questionam tanto a constitucionalidade deste artigo, bem como se não teria sido revogado tacitamente, a partir da promulgação da lei 10.792/2003. Assim, determinam que o silêncio não deve ser objeto de valoração, em tal sentido segue ensinamento:

“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, deixar de fornecer sua versão pessoal sobre os fatos que são objeto de prova.”<sup>39</sup>

Em relação à distinção do direito de silêncio total e parcial, a doutrina refere que em caso do réu abster-se de depor, tal atitude não poderá ser comentada pelo Juízo para fundamentar sua sentença. Porém, caso deseje responder apenas a algumas questões, seu depoimento passa a atuar como meio de prova, portanto, o silêncio na resposta de algumas questões poderia ser utilizado como fundamento na sentença. Nesse sentido, Couceiro ensina:

*“Atualmente, a doutrina distingue o silêncio total daquele momentâneo e do parcial. 'Nas situações em que o acusado se recusa a qualquer tipo de declaração ou se limita a confessar a autoria, há certo consenso de que o exercício deste privilégio não pode ser utilizado em seu desfavor (ROXIN, 1995: 94; ROGALL, 1977: 247). A argumentação jurídica para esta posição é de que a apreciação judicial do silêncio representaria uma restrição à liberdade de declaração'. Afinal, 'haveria, neste caso, uma situação paradoxal de alguém ser punido pelo exercício de um direito garantido pela Constituição. O princípio da livre apreciação de provas deve ser interpretado à luz das garantias constitucionais do acusado, ou seja, deve ter como limite o reconhecimento do direito de toda pessoa em não contribuir para sua própria incriminação, o que envolve também a possibilidade do silêncio (ROGALL, 1977: 249)'. O mesmo entendimento aplica-se 'quando o acusado recusa-se a declarar somente em determinadas fases do procedimento (ROXIN, 1995:94; ROGALL 1977:251). Todavia, ' quando o acusado manifesta-se sobre determinados pontos e cala-se em relação a outros, a interpretação majoritária é, num sentido diverso, pela admissibilidade da apreciação judicial do silêncio', uma vez que, 'no momento em que o acusado opta por declarar, este está, por decisão própria, convertendo-se em um meio de prova, submetendo-se, por consequência, todo o seu comportamento à livre apreciação do juiz'*

---

<sup>38</sup> BRASIL, **Código de Processo Penal**, 1941.

<sup>39</sup> MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. MORAES, Maurício Zanoide. “O Direito ao Silêncio no Interrogatório.” **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, v.2, n.6, abr/jun. 1994. p. 140.

(DIAS NETO, Theodomiro, *op. Cit.*, p193; veja-se também, ROXIM, Claus. *La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal. Trad. Carmen Gomez Rivero e María del Carmen Garcia Cantizano. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000. p. 124*).<sup>40</sup>

### 1.2.2 Autodefesa ativa ou direito de mentir

O direito do acusado de apresentar provas que serão apreciadas pelo Juízo para fundamentar a decisão final está protegido constitucionalmente pela ampla defesa. Entretanto, não há previsão explícita para que o réu possa mentir no interrogatório, pois a proteção é garantida ao silêncio e a não auto-incriminação, dessa forma a mentira jamais poderia ser garantida pelos nossos estatutos jurídicos, porquanto não é bem vista moralmente pela sociedade, bem como as decisões judiciais seriam frágeis, caso baseadas em mentiras.

Acerca da reprovabilidade da mentira São Tomas de Aquino já escreveu no século XIII na Suma Teológica, Parte IV, Questão 110, na qual respondeu quatro perguntas acerca de sua valoração moral sob a ótica religiosa. Na primeira delas chegou à conclusão de que a mentira se opõe à verdade, sendo esta uma virtude, a mentira torna-se um pecado a ser combatido pelos valores religiosos. Nesse aspecto, refere: *“Sin embargo, lo esencial en la definición de la mentira se toma de su falsedad formal, es decir, de la voluntad deliberada de proferir algo falso. De ahí la etimología de la palabra mentira: mentira es lo que se dice contra la mente.”*<sup>41</sup> Em seguida, ao responder se toda mentira é considerada pecado, São Tomás de Aquino expõe:

“La mentira no sólo es pecado por el daño que causa al prójimo, sino por lo que tiene de desorden, como acabamos de decir (em la solución). Pero no se debe usar de un medio desordenado e ilícito para impedir el daño y faltas de los demás;”<sup>42</sup>

<sup>40</sup> COUCEIRO, João Claudio. **A garantia constitucional do direito ao silêncio**. São Paulo: R. dos Tribunais, 2004. (Coleção estudos de processo penal Prof. Joaquim Canuto Mendes de Almeida. p. 172.

<sup>41</sup> AQUINO, Tomás de. **Suma de Teología: 4ª Parte. 4ª ed.** Tradução de José Martorell Capó. Espanha: Biblioteca de Autores Cristianos, 2001. p. 246.

<sup>42</sup> AQUINO, Tomás de. **Suma de Teología: 4ª Parte. 4ª ed.** Tradução de José Martorell Capó. Espanha: Biblioteca de Autores Cristianos, 2001. p. 250.

A partir de tal autor, verifica-se que a mentira era condenada pelas religiões cristãs, devido a diversas passagens da bíblia que a condenam. Por esse motivo, o interrogatório sob a ótica do sistema inquisitorial, que ganhou maior espaço na Idade Média, levava os acusadores a utilizarem-se de meios cruéis e desumanos para obter o que chamavam de verdade partindo do pressuposto de que o réu era sempre culpado. Na época, a tortura era utilizada a fim de atingir-se um fim muito mais de repreensão social e religiosa, do que de obtenção de justiça.

Immanuel Kant, no campo filosófico, travou discussão com Benjamin Constant acerca da mentira, posicionando-se a favor da verdade incondicional, em qualquer situação, referindo inclusive que: *“Cada homem, porém, tem não somente o direito, mas, até mesmo, o estrito dever de enunciar a verdade nas proposições que não pode evitar, mesmo que prejudique a ele ou a outros”*.<sup>43</sup> Benjamin Constant, por sua vez, apesar de falar em direito a e dever de verdade, não é tão absoluto em referir a necessidade da verdade em qualquer caso:

“O princípio moral “é um dever dizer a verdade”, se se tomasse incondicionalmente e de um modo isolado, tornaria impossível qualquer sociedade. Temos disso a prova nas consequências muito directas que deste princípio tirou um filósofo alemão, o qual chega ao ponto de afirmar que seria um crime a mentira dita a um assassino que nos perguntasse se um amigo nosso, e por ele perseguido, não se teria refugiado na nossa casa.”<sup>44</sup>

A partir de tais citações, constata-se o quanto a verdade é apreciada pela filosofia, mesmo que hoje ela seja considerada relativa e variável conforme os diversos fatores apresentados, pela religião que a considera uma virtude e pela moral, pois a sociedade acredita que as relações devam ser baseadas em princípios éticos, dos quais a verdade é integrante.

A mentira no processo penal sempre foi confrontada, pois historicamente o procedimento via-se cercado pela busca da verdade real. A verdade real não se baseia em presunções, como a verdade formal buscada no processo civil. Diante das limitações a bens jurídicos como a liberdade do indivíduo, para haver uma condenação penal afirma-se que o juiz deve atuar positivamente para cercar-se de que todas as provas foram produzidas. Apesar do enfoque de a verdade real existir a

---

<sup>43</sup> KANT, Immanuel. **Sobre um suposto Direito de Mentir por Amor à Humanidade**. Tradução de Artur Mourão. Lisboa, 1997. p. 7.

<sup>44</sup> CONSTANT, Benjamin, 1797, *apud* KANT, Immanuel. **Sobre um suposto Direito de Mentir por Amor à Humanidade**. Tradução de Artur Mourão. Lisboa, 1997. p. 3.



fim de possibilitar que o juiz dirima suas dúvidas antes de proferir sentença, atualmente o princípio da verdade real também já pode ser considerado um mito.

A busca pela verdade real já causou inúmeros atentados contra a humanidade em épocas passadas, pois com base em tal princípio inúmeros julgadores do período do sistema inquisitório, torturavam seus réus a fim de obter a confissão, que era considerada a prova máxima de um crime. Com a evolução do direito viu-se que o que se busca é o mais próximo possível da realidade, pois a verdade real tornou-se uma utopia. Eugênio Pacelli explica o mal da busca da Verdade Real em nosso ordenamento:

“A busca da verdade real, em tempos ainda recentes, comandou a instalação de práticas probatórias as mais diversas, ainda que sem previsão legal, autorizadas que estariam pela nobreza de seus propósitos: a verdade.

Talvez o mal maior causado pelo citado princípio da verdade real tenha sido a disseminação de uma cultura inquisitiva, que terminou por atingir praticamente todos os órgãos estatais responsáveis pela persecução penal. Com efeito, a crença inabalável segundo a qual a verdade estava efetivamente ao alcance do Estado foi a responsável pela implantação da ideia acerca da necessidade inadiável de sua perseguição, como meta principal do processo penal.

O aludido princípio, batizado como da verdade real, tinha a incumbência de legitimar eventuais desvios das autoridades públicas, além de justificar a ampla iniciativa probatória reservada ao juiz em nosso processo penal. A expressão, como que portadora de efeitos mágicos, autorizava uma atuação judicial supletiva e substitutiva da atuação ministerial (ou da acusação). Dissemos autorizava, no passado, por entendermos que, desde 1988, tal não é mais possível. A igualdade, a par conditio (paridade de armas), o contraditório e a ampla defesa, bem como a imparcialidade, de convicção e de atuação, do juiz, impedem-no.

Desde logo, porém, um necessário esclarecimento: toda verdade judicial é sempre uma verdade processual. E não somente pelo fato de ser produzida no curso de um processo, mas sobretudo, por tratar-se de uma certeza de natureza exclusivamente jurídica.”<sup>45</sup>

Como visto nos fundamentos legais da autodefesa<sup>46</sup>, são inúmeros os dispositivos que a prevêem e a garantem, desde os de ordem internacional, passando pelos constitucionais, até os de ordem processual penal. Entretanto, em nenhum momento o legislador demonstrou proteger a mentira, portanto, em tese, ela não é garantida pelos estatutos nacionais. Todavia, o legislador também não quis

---

<sup>45</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 293-294.

<sup>46</sup> Ver Item 1.1.1

reprimi-la, em vista de o acusado poder realizar sua defesa da maneira que melhor lhe aprouver. Portanto, o que se verifica quanto à mentira, é que o Estado Democrático de Direito, com base no princípio da ampla defesa e da não autoincriminação, decidiu por tolerá-la. Nesse sentido, ensina Moraes:

“O direito de permanecer em silêncio, constitucionalmente consagrado, seguindo orientação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que prevê em seu art. 8º § 2º, g, o direito a toda pessoa acusada de delito não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada, apresenta-se como verdadeiro complemento aos princípios do *due process of law* e da ampla defesa, garantindo-se dessa forma ao acusado não só o direito ao silêncio puro, mas também o direito a prestar declarações falsas e inverídicas, sem que por elas possa ser responsabilizado, uma vez que não se conhece em nosso ordenamento jurídico o crime de perjúrio.”<sup>47</sup>

Se por um lado o exercício do direito ao silêncio, leva ao interrogatório não ser considerado como meio de prova, impedindo a sua valoração pelo juiz para proferimento da sentença penal, por outro em caso do réu exercer seu direito de falar em Juízo para tentar esclarecer os fatos, o juiz tem o dever de levar em consideração o seu depoimento e, nesses casos, a mentira poderá inclusive lhe prejudicar, pois poderá apresentar lacunas aferíveis pelo julgador.

Não obstante, o acusado deve ter em mente que o interrogatório é o melhor momento para dar explicações, apresentar sua visão e desconstituir provas da acusação, assim, caso minta em tal oportunidade, pode estar deixando de esclarecer pontos que levariam a sua absolvição, arcando com as consequências de tal atitude.

### 1.2.3 Direito a não autoincriminação

#### 1.2.3.1 Direito de não se conformar com a acusação

O direito de não autoincriminação permite ao réu não se conformar com a denúncia, ou seja, ele sempre poderá afirmar sua inocência. Entretanto, alguns sistemas, como em alguns estados norte-americanos e na Inglaterra, há institutos

---

<sup>47</sup> MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional**. 7. Ed. São Paulo: Atlas, 2007. p.354.

que permitem o réu receber uma pena menor em caso de concordar com a acusação, evitando todo o curso do processo penal, aplicando-se de imediato a pena.

Nos Estados Unidos, o juízo antes de instaurar a ação penal, convocará o acusado para o chamado *pleading*, ou seja, para que se declare estar de acordo com a denúncia, assim a pena será imediatamente fixada.

No Direito Brasileiro, há instituto semelhante, qual seja, a transação penal. Entretanto, a aceitação da proposta não acarreta em assunção da culpabilidade, propriamente dita, bem como a homologação do ato não considerará o acusado como condenado. Entretanto, os efeitos são semelhantes aos institutos norte-americano e inglês, *“pois ela importa na aplicação de uma pena criminal sem que o fato imputado tenha sido comprovado mediante procedimentos de confirmação e refutação.”*<sup>48</sup>

Não obstante a aplicação do instituto da transação penal em nosso direito, *“não existe uma fase postulatória de concordância ou não”*<sup>49</sup> com a acusação. No processo penal brasileiro, o réu irá se manifestar apenas no interrogatório, que será o último (ou um dos últimos) atos de instrução probatória. Mesmo assim, caso o acusado *“admita que o fato imputado é verdadeiro, o procedimento deve seguir normalmente, não existindo a possibilidade de sua abreviação para imediata aplicação da pena. A confissão, ademais, não faz prova plena.”*<sup>50</sup>

Conforme percebido, tais institutos removem o direito a não autoincriminação do réu na medida em que propõe um benefício na ordem de lhe diminuir a pena, contanto que não aduza argumentos para refutar a denúncia, bem como no caso da transação deixe de discutir o fato completamente. Ocorre, portanto, que o réu deixa de lado sua garantia, para não correr o risco de sofrer pena mais grave ao final do processo. Ressalte-se, contudo, que no Brasil o instituto da transação penal, regulado pela Lei 9.099, é apenas válido para os delitos de menor potencial ofensivo.

O tema bastante debatido causou divergência na opinião da doutrina. Inúmeros juristas percebiam os problemas da transação penal, principalmente

---

<sup>48</sup> TROIS NETO, Paulo Mário Canabarro. **Direito à Não Autoincriminação e Direito ao Silêncio**. 1ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 125.

<sup>49</sup> *Ibidem*, p.125.

<sup>50</sup> *Ibidem*, p.125.

quanto à ausência de procedimento com apuração de provas antes da condenação que prejudicaria a liberdade individual. Nesse sentido, expressou Luiz Flávio Gomes:

“Ao se permitir uma facilitação de pronta reabilitação ao infrator (o que sinceramente não consigo vislumbrar com a mesma clareza e autenticidade); economizam-se recursos humanos e materiais. Em contra posição, e com procedência inequivocamente maior aos meus olhos, há um exército de desvantagens do porte do sacrifício do princípio da presunção de inocência (que adquire um caráter farisaico no sistema norte-americano atual!), da verdade real, do contraditório, do devido processo legal; há, ademais, o risco das injustiças, da flagrante desigualdade das partes, da falta de publicidade e de lealdade processual, dentre tantos outros”.<sup>51</sup>

Outrossim, Eugênio Pacelli também traz sua preocupação com os Juizados Criminais:

“A pressa e a informalidade com que as questões podem ser tratadas – e a realidade demonstra tal incidência – nos Juizados, com os olhos voltados para a eficiência e a rápida satisfação dos interesses em conflito, podem ser altamente nocivas à realização da Justiça Penal.”<sup>52</sup>

Ainda assim, boa parte da doutrina não considera a transação penal como uma violação ao princípio da não autoincriminação, justificando tal ato não somente com a maior celeridade processual, mas também afirmando que o instituto trata o acusado como verdade sujeito de direito, podendo influenciar na sua defesa na medida em que pode escolher pedir prosseguimento do processo e arriscar uma condenação maior, ou aceitar a proposta de transação, mas sem todo o trâmite processual comum. Nesse sentido, posiciona-se Trois Neto:

“Intervir na liberdade de não aderir à proposta de transação penal significa, com efeito, embaraçar a própria atuação do acusado como agente capaz de dirigir-se racionalmente à obtenção, pelos instrumentos processuais disponíveis, do reconhecimento de que não deve receber o tratamento de culpado.”<sup>53</sup>

De qualquer forma o instituto da transação penal só se justifica com as dificuldades de distribuição de justiça atuais, que fazem com que o legislador

---

<sup>51</sup> GOMES, Luiz Flávio. **Tendências político-criminais quanto à criminalidade de bagatela**. São Paulo: RBCCRIM, 1992. p. 88-109.

<sup>52</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 616.

<sup>53</sup> TROIS NETO, Paulo Mário Canabarro. **Direito à Não Autoincriminação e Direito ao Silêncio**. 1ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 126.

permita a supressão da garantia do réu de não se conformar com a acusação, para em contrapartida as estatísticas mostrarem um maior número de casos concluídos.

### 1.2.3.2 Direito de não depor contra si

O direito de o acusado prestar declarações perante a autoridade estatal pode se manifestar de forma positiva, quando ele atua para esclarecer o fato delituoso a ele imputado, ou da forma negativa, com o direito ao silêncio, como visto nos capítulos supra. Assim, o direito a não autoincriminação no aspecto de não depor contra si abrange o direito ao silêncio nas seguintes formas:

“proibição de compelir alguém a confessar, ou seja, admitir a prática do fato imputado; a revelá-lo, quando as autoridades não tiverem notícia de que houve o crime ou de quem possa ser seu autor; e a dar qualquer informação sobre uma conduta penalmente tipificada, ainda que para negar sua prática.”<sup>54</sup>

No Brasil, o momento do réu dispor de seu direito a não depor contra si é no momento do interrogatório. Até a alteração introduzida pela Lei nº 11.719/2008, o interrogatório do réu era realizado logo após a apresentação da defesa prévia, portanto o réu não tinha acesso a todas as provas a serem produzidas e acabava por ser interrogado sem saber quais pontos precisaria esclarecer. Tal mudança legislativa trouxe o interrogatório do réu para último ato probatório a ser realizado, salvo as diligências que deverão ser produzidas a partir das provas obtidas na instrução. É assim, pois, que prevê a ordem processual o artigo 400 do Código de Processo Penal:

“Na audiência de instrução e julgamento, a ser realizada no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, ressalvado o disposto no art. 222 deste Código, bem como aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, em seguida, o acusado.”<sup>55</sup>

Esta alteração veio em boa hora para consagrar o direito do réu de utilizar do interrogatório como meio de defesa, decidindo após todas as provas coligidas nos

---

<sup>54</sup> TROIS NETO, Paulo Mário Canabarro. **Direito à Não Autoincriminação e Direito ao Silêncio**. 1ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 127.

<sup>55</sup> BRASIL, **Código de Processo Penal**, 1941.

autos se utilizará de seu direito de não depor contra si mesmo, ou se esclarecer os fatos será mais benéfico para a sua absolvição. Nesse sentido escreve Trois Neto:

“Ciente dos elementos de prova já produzidos contra si no bojo do inquérito ou da ação penal, o acusado avalia se é conveniente manifestar-se sobre a acusação: se decide responder as perguntas sobre o fato a ele atribuído, permite que suas declarações sejam utilizadas, como meio probatório, no juízo sobre a instauração ou não instauração da ação penal (no caso interrogatório policial) ou na sentença que encerra o caso com uma condenação ou uma absolvição (no caso de interrogatório judicial), se decide silenciar, opta por confiar na insuficiência de provas incriminantes ou dar prevalência a outros interesses que possa reputar, naquele momento, mais importantes. A postura do acusado sobre converter-se ou não se converter em fonte de prova reflete, inegavelmente, uma escolha assumida na condição de sujeito processual.”<sup>56</sup>

Ressalte-se que o direito de não depor contra si aqui abordado está presente em qualquer atividade estatal que vise a obter informações quanto a fatos criminosos apurados. No interrogatório policial, no interrogatório judicial, em comissões parlamentares de inquérito, em sindicâncias e procedimentos disciplinares é permitido ao interrogado deixar de responder a perguntas que o comprometam mesmo que não seja qualificado como investigado ou indiciado. Ou seja, o princípio da não autoincriminação pode ser utilizado em qualquer situação que possa levar a investigação ou mesmo instauração de processo penal, *“ainda que a tomada de depoimento tenha a finalidade precípua de instruir um procedimento não penal.”*<sup>57</sup>

O Estado deve, para evitar violações ao direito de não autoincriminação, deixar de utilizar de meios fraudulentos ou enganosos, que levem o réu a prestar depoimento contra seus próprios interesses, clandestinos, ou seja, sem o conhecimento do acusado que está sendo submetido ao interrogatório, ou ainda, que afetem a consciência do acusado a ponto dele não conseguir se conter de declarar aquilo que não deseja. Como exemplo do primeiro caso, há a ausência do alerta ao acusado de que tem direito ao silêncio ou a formulação de perguntas tendenciosas, no segundo caso, os interrogatórios informais e no terceiro os

---

<sup>56</sup> TROIS NETO, Paulo Mário Canabarro. **Direito à Não Autoincriminação e Direito ao Silêncio**. 1ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 128.

<sup>57</sup> *Ibidem*, p. 129.

métodos químicos de narcoanálise ou psíquicos de utilização de polígrafo para verificar se o réu está mentindo.<sup>58</sup>

Deve-se salientar, por fim, que o direito de não depor contra si, apesar de originalmente previsto para ser oposto contra o Estado, a fim de evitar abusos de poder deste, também pode ser oposto contra terceiros, que não atuam em nome do Estado, porém que lesam a o direito de uma pessoa a não autoincriminação.

Tal direito fez surgir a “teoria da bandeja de prata”, a qual apesar de originária dos Estados Unidos, foi também rejeitada no Brasil através de precedente do Supremo Tribunal Federal. A teoria da bandeja de prata admitiria que provas obtidas por particulares seriam consideradas válidas, mesmo que, na mesma situação o Estado tivesse obtido-a, fossem consideradas ilegais. Nesse sentido, segue trecho da decisão do Supremo Tribunal Federal:

“qualifica-se como prova ilícita o material fotográfico que, embora alegadamente comprobatório de prática delituosa, foi furtado do interior de um cofre existente em consultório odontológico pertencente ao réu, vindo a ser utilizado pelo Ministério Público, contra o acusado, em sede de persecução penal, depois que o próprio autor do furto entregou à Polícia fotos incriminadoras que havia subtraído”<sup>59</sup>

Portanto, as provas obtidas por terceiros sem concordância do réu, ou autorização judicial prévia também serão consideradas ilegais, pois excedem os limites éticos, infringindo direitos fundamentais dos acusados, como a privacidade dos indivíduos.

### 1.2.3.3 Direito de não contribuir para produção de outras provas

Além do interrogatório, é possível que o réu possa participar de outras provas de interesse do Estado, que podem expressar sua condição de sujeito processual, ou no caso de não respeitadas liberdades individuais do acusado, caracterizá-lo como meio de prova. Por certo, diante da condição desfavorável do réu em relação ao Estado, este não pode exigir que aquele realize provas de seu interesse, justamente porque “a escolha entre produzir ou não produzir provas que dependam

---

<sup>58</sup> TROIS NETO, Paulo Mário Canabarro. **Direito à Não Autoincriminação e Direito ao Silêncio**. 1ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 130.

<sup>59</sup> RE 251445, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, julgado em 21/06/2000, publicado em DJ 03/08/2000 PP-00068.

do seu comportamento ativo e voluntário<sup>60</sup> deve ser legada ao acusado na qualidade de parte que defende interesses próprios dentro da ação penal.

Nesse contexto, o acusado não poderia ser obrigado a exercer condutas ativas para realização de provas contra si, como, por exemplo, participar de reconstituições, entregar documentos incriminadores ou objetos utilizados para a prática do crime. O caso de exercer ativamente a introdução de provas contra si mesmo, “*pode caracterizar uma afetação no direito fundamental tão intensa quanto à que obriga a depor contra si*”<sup>61</sup>, pois é o próprio acusado que está levando aos autos provas capazes de condená-lo.

Não só fere seu direito a não autoincriminação a imposição de posturas ativas do réu, como também caso seja submetido a ser objeto de prova em casos que não possa recusar posições passivas. São exemplos: a imposição ao réu a tolerar que seu corpo ou imagem seja utilizada para a produção de provas. Mesmo que menos agressivo a sua garantia constitucional, condutas passivas também violam em menor grau o princípio ora explorado. Nesse sentido ensina Trois Neto:

“A intervenção no direito à não autoincriminação será tanto menos grave quanto menor for o grau de atividade exigido do imputado, mas não podem ser excluídas da proteção do direito fundamental, antes de qualquer ponderação, as condutas que, embora predominantemente passivas, de algum modo digam respeito à liberdade de acusado para autodeterminar-se como parte. A existência de razões para a submissão do acusado a uma diligência probatória não faz apagar, por completo, sua condição de sujeito processual.”<sup>62</sup>

Ainda, há situações em que não é o acusado que introduz provas capazes de levar a sua condenação, mas sim, o perito, na condição de auxiliar do juízo. Nesses casos, entretanto, também será uma influência ao direito do acusado não auxiliar na produção de provas contra si, caso lhe seja exigido que forneça o material a ser utilizado para a produção do laudo pericial. Ou seja, somente serão fornecidos os materiais caso haja vontade do agente, assim, obrigá-lo a produzir tal material afrontará o direito aqui exposto.

Assim, Trois Neto distingue a diligência probatória em que o acusado figure como agente nela e as que ele não será utilizado como agente. Nas primeiras

---

<sup>60</sup> TROIS NETO, Paulo Mário Canabarro. **Direito à Não Autoincriminação e Direito ao Silêncio**. 1ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 132.

<sup>61</sup> *Ibidem*, p. 132.

<sup>62</sup> *Ibidem*, p. 133.



haverá grande prejuízo ao direito de não autoincriminação, nas segundas haverá em grau reduzido, assim para ele haverá maior proteção quanto maior for o prejuízo à liberdade do réu. Entretanto, verifica-se que a proteção deve ser geral em todos os casos, diante da consagração da paridade de armas, visto que o poder de acusação estatal é maior que o de defesa. Eventuais determinações para que o réu produza as provas contra si mesmo só estarão infringindo seu direito individual a não querer se incriminar.<sup>63</sup>

---

<sup>63</sup> TROIS NETO, Paulo Mário Canabarro. **Direito à Não Autoincriminação e Direito ao Silêncio**. 1ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 134-135.

## 2. A INFLUÊNCIA DO DIREITO AO SILÊNCIO E A NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO NO PROCESSO PENAL

Ambos os direitos expostos nesse trabalho podem exercer grande influência no decorrer do processo penal. Inicialmente, a produção de provas pode ser completamente diferenciada caso seja mantido o direito do réu ao silêncio e a não autoincriminação. Portanto, neste capítulo será abordada a fase probatória e a força que possuem essas garantias sobre ela. Encerrada a instrução do processo, passa-se a outra fase em que tais direitos não podem ser deixados de lado, qual seja, a elaboração da sentença, portanto, ao fim, será explorado a influência dos direitos ao silêncio e não autoincriminação na resposta judicial.

### 2.1 A PRODUÇÃO DE PROVAS

#### 2.1.1 Sistema acusatório e inquisitório

O direito de defesa e a não autoincriminação desenvolveram-se ao longo do tempo juntamente com os sistemas processuais, os quais partiram do sistema inquisitório, passando pelo sistema misto, chegando finalmente ao atual sistema acusatório.

A doutrina define o sistema inquisitório como sendo aquele que o juiz atua tanto na fase investigatória quanto na de julgamento, outras características que já estão superadas são o processo verbal e em segredo, sem contraditório ou direito de defesa. Em tal ocasião o réu era tratado como objeto do processo e não como sujeito processual.<sup>64</sup>

No caso o órgão julgador atuava tanto na acusação quanto na defesa e julgamento do réu, assim a imparcialidade restava comprometida, pois as convicções se misturariam. Nesse sistema, o direito de silêncio do réu era prejudicado pelo sistema de provas adotado, o qual era de provas tarifadas, assim a

---

<sup>64</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 05.

confissão se tornava a máxima prova levando o órgão julgador exercer maior poder possível em fazer o réu confessar, levando aos excessos de levar a confessar muitas vezes um inocente para se ver livre das torturas praticadas.

O sistema vigeu até recentemente, somente em 1808 com o surgimento do *Code d'instruction criminelle* francês começou a se modificar o sistema processual. Eugênio Pacelli definiu esse novo sistema surgido:

“Nesse sistema processual, a jurisdição também se iniciaria na fase de investigação, e sob a presidência de um magistrado – os Juizados de Instrução – tal como ocorre no sistema inquisitório. No entanto, a acusação criminal ficava a cargo de outro órgão (o Ministério Público) que não o juiz, característica já essencial do sistema acusatório. Exatamente por isso, denominou-se referido sistema de sistema misto, com traços essenciais dos modelos inquisitórios e acusatórios.”<sup>65</sup>

Após esse período definiu-se o sistema acusatório, modelo ao qual o Brasil encontra-se submetido. Tal sistema surgiu a partir dos ideais iluministas que definiam o Estado como garantidor de direitos fundamentais dos cidadãos. As suas características principais são a divisão entre as funções de acusação e investigação e de julgamento, no caso, há divisão no Brasil, o Poder Judiciário é responsável pelo julgamento e o Ministério Público, então pela acusação e investigação (este com ajuda da Polícia). Assim, garante-se o respeito entre as partes processuais, pois em tese o julgador irá se desvincular da necessidade de condenar o réu, pois esse não é seu objetivo principal.

Entre outras características divergentes com o sistema inquisitórios encontram-se a publicidade dos autos processuais, exceto em casos de necessidade de sigilo. O processo é regido por princípios de contraditório e ampla defesa, pelo que se permite que o réu tenha vista e se manifeste-se em todos os atos do processo.<sup>66</sup>

Outrossim, o sistema de provas adotado é o do livre convencimento motivado, portanto o juiz poderá utilizar as provas colhidas nos autos como melhor entender, porém deverá motivar sua decisão sem fugir do que consta nos autos. Assim, também, não se busca a confissão de qualquer forma como prova mais preciosa. Se ela existir, o réu apenas irá beneficiar-se de uma atenuante.

---

<sup>65</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 05.

<sup>66</sup> RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 10ª Edição, Rio de Janeiro, Lumen Júris, 2005. p. 53.

Portanto, o sistema acusatório foi um importante passo na garantia de não autoincriminação do réu. Primeiramente, pois o juiz deixou de participar da acusação, impedindo que forçasse o réu a violar seu direito ao silêncio e confessar, muitas vezes aquilo que nunca fez. Outrossim, o tratamento dispensado ao réu evoluiu de encará-lo como um objeto do processo, por conseguinte, sujeito às sanções sem garantia qualquer, para sujeito do processo, onde pode atuar para fazer valer seus interesses.

### 2.1.2 A participação do réu

#### 2.1.2.1 Provas não invasivas

As provas não invasivas são aquelas que não causam muitos prejuízos aos direitos fundamentais do acusado. Elas não deveriam atingir diretamente a esfera íntima do réu, apenas tangenciando suas garantias fundamentais. Assim, o acusado, no que se refere a sua contribuição à produção de provas não invasivas limitar-se-ia a uma tolerância passiva, ou segundo parte da doutrina, ainda ao fornecimento de materiais ou objetos para exames comparativos, contanto que tais diligências sejam feitas através de métodos simples, rápidos e imediatos. Para tanto não deveria haver ingerência no corpo do indivíduo nem constrangê-lo a auxiliar na produção da prova.<sup>67</sup>

Como exemplo de provas não invasivas é possível citar o reconhecimento de pessoas ou coisas, naquele caso, principalmente se tal reconhecimento se der por meio de fotografia, pois impedirá inclusive que o réu entenda que estará com sua imagem sendo agredida, a prova documental trazida pelo órgão acusatório, bem como a prova testemunhal. Parte da doutrina, ainda, enquadra a realização de perícias grafotécnicas ou de voz, ou seja, aquelas perícias realizadas sem a intervenção médica no corpo do acusado.<sup>68</sup>

Entretanto, para a realização de exames grafotécnicos e de voz é necessário que o acusado disponibilize material padrão para comparação com aquele utilizado

---

<sup>67</sup> ALBUQUERQUE, Marcelo Schirmer. **A Garantia de Não Auto-Incriminação: extensão e limites.** Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 99.

<sup>68</sup> *Ibidem*, p. 99.

como prova da ocorrência do fato delituoso. Nesse sentido, considera-se uma violação a esfera de intimidade do acusado a imposição estatal para que ele forneça tal material se é contra sua vontade. O direito a não autoincriminação não permite que o Estado force o acusado a ajudar a comprovar crimes que ele cometeu.

Apesar de a garantia a não autoincriminação estar consagrada no nosso direito, o Código de Processo Penal<sup>69</sup>, em seu texto, ainda sujeitam o acusado a participar da produção de tais espécies de provas. São eles: o artigo 174, que ressalta a obrigatoriedade do réu em produzir padrão gráfico para a realização de perícia em escritos; o artigo 226, que submete o réu a participação no seu reconhecimento pela vítima do crime; e os artigos 234 e 235, que determinam que o juiz possa impor a introdução de documentos independentemente da concordância da acusação e defesa e ainda proceder à perícia, caso exista dúvida quanto à letra ou firma aposta nos documentos; e o artigo 277 do Código de Trânsito Brasileiro<sup>70</sup>, que obriga os abordados pela Polícia, quando ela requisitar, a realizarem o teste de alcoolemia, não sendo reconhecida como legítima a recusa.

Parte da doutrina entende que negar colaboração na realização destas provas disciplinadas em Lei implica no cometimento do crime de desobediência, pois o acusado não poderia deixar de acatar ordens do juiz ou do delegado quando determinam a realização de atos previstos em lei, entretanto deve-se ressaltar que o princípio da não autoincriminação possibilitaria o réu de recusar-se a auxiliar o Estado na comprovação dos crimes. Assim, há julgados e ensinamentos que não consideram a recusa como crime, inclusive determinando que o réu possa se recusar a qualquer momento a contribuir para a realização desses tipos de prova.<sup>71</sup>

Nesse sentido, em relação à necessidade do réu fornecer padrões gráficos o STF já se pronunciou revelando a garantia do réu em não autoincriminação. Portanto, ele não precisará sujeitar-se a ser meio de prova nesse caso. Segue abaixo, a referida jurisprudência:

EMENTA: HABEAS CORPUS. CRIME DE DESOBEDIÊNCIA. RECUSA A FORNECER PADRÕES GRÁFICOS DO PRÓPRIO PUNHO, PARA EXAMES PERICIAIS, VISANDO A INSTRUIR PROCEDIMENTO INVESTIGATÓRIO DO CRIME DE FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO. NEMO TENETUR SE DETEGERE. Diante do princípio nemo tenetur se detegere, que

<sup>69</sup> BRASIL, **Código de Processo Penal**, 1941.

<sup>70</sup> BRASIL, **Código Brasileiro de Trânsito**, 1997.

<sup>71</sup> ALBUQUERQUE, Marcelo Schirmer. **A Garantia de Não Auto-Incriminação: extensão e limites**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 102-103.

informa o nosso direito de punir, é fora de dúvida que o dispositivo do inciso IV do art. 174 do Código de Processo Penal há de ser interpretado no sentido de não poder ser o indiciado compelido a fornecer padrões gráficos do próprio punho, para os exames periciais, cabendo apenas ser intimado para fazê-lo a seu alvedrio. É que a comparação gráfica configura ato de caráter essencialmente probatório, não se podendo, em face do privilégio de que desfruta o indiciado contra a auto-incriminação, obrigar o suposto autor do delito a fornecer prova capaz de levar à caracterização de sua culpa. Assim, pode a autoridade não só fazer requisição a arquivos ou estabelecimentos públicos, onde se encontrem documentos da pessoa a qual é atribuída a letra, ou proceder a exame no próprio lugar onde se encontrar o documento em questão, ou ainda, é certo, proceder à colheita de material, para o que intimará a pessoa, a quem se atribui ou pode ser atribuído o escrito, a escrever o que lhe for ditado, não lhe cabendo, entretanto, ordenar que o faça, sob pena de desobediência, como deixa transparecer, a um apressado exame, o CPP, no inciso IV do art. 174. Habeas corpus concedido.<sup>72</sup>

Da mesma forma em relação à imposição de que os investigados realizem o teste de alcoolemia (bafômetro), o STJ possui jurisprudência na sua desnecessidade, ou seja, o acusado não deve ser obrigado a realizá-lo em vista de que a acusação possui a faculdade do uso de testes clínicos em casos de recusa do paciente em submeter-se à prova exigida. Nesse contexto, segue a jurisprudência referida:

PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ART. 306 DO CTB. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA PARA PERSECUÇÃO PENAL. COMPROVAÇÃO DA EMBRIAGUEZ. EXAME DE ALCOOLEMIA NÃO REALIZADO POR AUSÊNCIA DE EQUIPAMENTOS NA COMARCA. REALIZAÇÃO DE EXAME CLÍNICO.

I - O trancamento da ação penal por meio do habeas corpus se situa no campo da excepcionalidade (HC 901.320/MG, Primeira Turma, Rel.

Min. Marco Aurélio, DJU de 25/05/2007), sendo medida que somente deve ser adotada quando houver comprovação, de plano, da atipicidade da conduta, da incidência de causa de extinção da punibilidade ou da ausência de indícios de autoria ou de prova sobre a materialidade do delito (HC 87.324/SP, Primeira Turma, Rel.<sup>a</sup>. Min.<sup>a</sup>. Cármen Lúcia, DJU de 18/05/2007). Ainda, a liquidez dos fatos constitui requisito inafastável na apreciação da justa causa (HC 91.634/GO, Segunda Turma, Rel. Min. Celso de Mello, DJU de 05/10/2007), pois o exame de provas é inadmissível no espectro processual do habeas corpus, ação constitucional que pressupõe para seu manejo uma ilegalidade ou abuso de poder tão flagrante que pode ser demonstrada de plano (RHC 88.139/MG, Primeira

---

<sup>72</sup> HC 77135, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, Primeira Turma, julgado em 08/09/1998, DJ 06-11-1998 PP-00003 EMENT VOL-01930-01 PP-00170

Turma, Rel. Min. Carlos Britto, DJU de 17/11/2006). Na hipótese, há, com os dados existentes até aqui, o mínimo de elementos que autorizam o prosseguimento da ação penal.

II - Para comprovação do crime do art. 306 do CTB, o exame de alcoolemia somente pode ser dispensado, nas hipóteses de impossibilidade de sua realização (ex: inexistência de equipamentos necessários na comarca ou recusa do acusado a se submeter ao exame), quando houver prova testemunhal ou exame clínico atestando indubitavelmente (prontamente perceptível) o estado de embriaguez.

Nestas hipóteses, aplica-se o art. 167 do CPP.

III - No caso concreto, o exame de alcoolemia não foi realizado ante a recusa do paciente. Entretanto, foi realizado exame clínico. Desta forma, considerando que não houve a produção de prova em sentido contrário, seria demasiadamente precipitado o trancamento da ação penal.

Ordem denegada.<sup>73</sup>

Eugênio Pacelli, assim dissertou sobre estas circunstâncias:

“Nesse sentido, por exemplo, a Suprema Corte reconheceu o direito de um acusado a não fornecer padrões gráficos para exame pericial, ao entendimento de que o réu não era obrigado a fazer prova contra si. Igual ponto de vista poderia ser aplicado também ao conhecido bafômetro, que vem a ser o teste de alcoolemia, para fins de comprovação da quantidade alcoólica ingerida pela pessoa. Aliás, parece-nos que o bafômetro deve ser criticado muito mais por questões técnicas, no plano da qualidade e da idoneidade de sua eficácia probatória, do que por suposta violação do direito ao silêncio”.<sup>74</sup>

No caso, entretanto do reconhecimento de pessoas, a jurisprudência é no sentido de conduzir coercitivamente o acusado em caso de ele optar por não comparecer na audiência, ou seja, tal contribuição passiva não é considerada infringente ao seu direito de não autoincriminação. Segue jurisprudência do STJ nesse sentido:

RESP. PROCESSUAL PENAL. ATOS PROCESSUAIS. PRESENÇA DO ACUSADO.

1. O comparecimento do réu aos atos processuais, em princípio, é um direito e não um dever, sem embargo da possibilidade de sua condução coercitiva, caso necessário, por exemplo, para audiência de reconhecimento. Nem mesmo ao interrogatório estará obrigado a comparecer, mesmo porque as respostas às perguntas formuladas fica ao seu alvedrio.

<sup>73</sup> HC 150.445/PB, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 18/02/2010, DJe 19/04/2010

<sup>74</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 345.

2. Já a presença do defensor à audiência de instrução é necessária e obrigatória, seja defensor constituído, defensor público, dativo ou nomeado para o ato.
3. Recurso especial não conhecido.<sup>75</sup>

Ainda, em relação à reprodução simulada dos fatos, Eugênio Pacelli fixa seu entendimento quanto a sua impossibilidade:

“E mais: deve ser também protegida a dignidade da pessoa humana, a vedar qualquer tratamento vexaminoso ou ofensivo à honra do acusado, e o reconhecimento do princípio da inocência. Reputamos, por isso, absolutamente inaceitável a diligência policial conhecida como reprodução simulada ou reconstituição dos fatos (art. 7º, CPP)”<sup>76</sup>

#### 2.1.2.2 Provas invasivas

As provas invasivas são aquelas que exercem grande influência nos direitos fundamentais do acusado. Por isso mesmo, necessitam de ordem judicial para serem utilizadas. É necessário que o Poder Judiciário utilize do exercício da ponderação onde alguns direitos da sociedade serão considerados mais importantes do que direitos do indivíduo, porém essa pesagem só poderá ser feita caso a caso. Alguns tipos de provas são considerados tão invasivos que sequer são permitidas pelo ordenamento brasileiro.

As provas invasivas, portanto, podem ser “*exames médicos levados a cabo por intervenções corporais*”, “*buscas e apreensões em domicílio*” e “*interceptações de comunicações (por cartas ou telefônicas)*”.<sup>77</sup> Mesmo compreendendo o mesmo grupo de provas elas podem ter tratamento diferenciado perante a justiça. Exames médicos, por exemplo, não são admitidos como prova no direito penal brasileiro, caso não haja concordância de participação do réu, pois acredita-se que a violação em seu direito fundamental é demasiada.

Por outro lado, a busca e apreensão em domicílio e as escutas telefônicas, apesar de constituírem violações ao direito constitucional de inviolabilidade de

---

<sup>75</sup> REsp 346.677/RJ, Rel. Ministro FERNANDO GONÇALVES, SEXTA TURMA, julgado em 10/09/2002, DJ 30/09/2002, p. 297.

<sup>76</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 346.

<sup>77</sup> ALBUQUERQUE, Marcelo Schirmer. **A Garantia de Não Auto-Incriminação: extensão e limites**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 108-109.



domicílio, de privacidade e de intimidade, são permitidos em nosso ordenamento caso antecedidos de mandado judicial, ou ainda, no primeiro caso, em flagrantes delitos.<sup>78</sup>

Nesse contexto, de forma geral, são requisitos para a utilização de provas invasivas: a previsão legal, pois para a violação de direitos fundamentais pelo Estado é necessário que os representantes democráticos tenham autorizado a ação previamente; indícios suficientes de autoria e materialidade, assim “*evita-se a prova invasiva de prospecção ou de sondagem, ou seja, aquela que objetiva a busca indeterminada de algum fato delituoso*”<sup>79</sup>; unicidade da prova, pois elas só devem ser utilizadas quando outros meios de prova são insuficientes para roborar o caso; proporcionalidade (em sentido estrito) da prova, o meio invasivo deve ser proporcional a necessidade do fim pretendido com a prova; ausências de riscos à saúde, sendo este limite intransponível para a execução de intervenções corporais; intervenção da defesa técnica, exceto em casos que a prova seria frustrada com a quebra de seu sigilo, quando o contraditório será diferido; judicialidade e motivação, devem ser previamente autorizadas pelo poder Judiciário em decisões motivadas, para que seja permitido o contraditório à defesa posteriormente.<sup>80</sup>

Para a realização da busca domiciliar, a doutrina entende que é necessário o preenchimento de alguns requisitos além da urgência e da necessidade da medida, pois trata-se de procedimento com diferimento do contraditório. Somente após a realização da medida que a defesa terá oportunidade de falar nos autos, bem como discutir sua plausibilidade para o caso. Entre os requisitos estão, segundo Eugênio Pacelli:

- “a) ordem judicial escrita e fundamentada, como qualquer medida cautelar restritiva de direitos (art.5º, XI, CF);
- b) indicação precisa do local, dos motivos e da finalidade da diligência (art. 243, CPP);
- c) cumprimento da diligência durante o dia, salvo consentida à noite, pelo morador;
- d) o uso de força e o arrombamento somente serão possíveis em caso de desobediência, ou em caso de ausência do morador ou de qualquer pessoa no local (art. 245, §§ 3º e 4º).”<sup>81</sup>

---

<sup>78</sup> ALBUQUERQUE, Marcelo Schirmer. **A Garantia de Não Auto-Incriminação: extensão e limites**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p.110.

<sup>79</sup> *Ibidem*, p.122.

<sup>80</sup> *Ibidem*, p. 116-139.

<sup>81</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 384.

Já para a realização de interceptações telefônicas, conforme previsto na Lei 9296/96, no artigo 2º, são necessários o preenchimento dos seguintes requisitos: a) haver indícios razoáveis da autoria ou participação na infração penal; b) a prova não poder ser feita por outros meios e; c) o fato dever ser punido com pena de prisão. Não obstante a mesma lei criminaliza os responsáveis por interceptações telefônicas sem autorização judicial, em seu artigo 10<sup>82</sup> para evitar o uso desmedido de tal prova agressiva aos direitos do indivíduo.

No entanto, mesmo com tais medidas limitadoras, as interceptações telefônicas ainda podem gerar diversos problemas entre eles a individualização do sujeito interceptado e a interpretação da linguagem utilizada. Em relação ao primeiro dos problemas deve-se atentar que nem sempre será possível garantir que o sujeito interceptado é aquele que é objeto de investigação. Tal identificação pode ser de difícil realização principalmente quando não há qualificação dos interlocutores na comunicação entre eles.

Certo é que no processo penal a qualificação correta dos interlocutores nas interceptações telefônicas é o objetivo de todas as partes processuais. E a comunicação realizada pelo investigado que é a prova buscada, assim é necessário que se explicita o caminho percorrido até a individualização do sujeito que terá seu direito violado em favor da coletividade. Nesse sentido, explica Paolo Di Gerônimo:

“In entrambe le fattispecie descritte, quindi, la questione di fondo è quella di stabilire la correttezza dell'individuazione effettuata nel corso delle indagini, essendo evidentemente interesse di tutte le parti processuali (ed *in primis* dell'imputato) verificare la coincidenza tra i soggetti intercettati e le persone cui vengono attribuite le conversazioni ritenute rilevanti ai fini della prova.

A tal fini, è essenziale ripercorrere – in sede de testimonianza degli inquirenti – l'iter che há condotto all'individuazione.”<sup>83</sup>

A interceptação telefônica é permitida apesar do alto grau de violação a intimidade do réu. Ademais, ela é permitida apesar de, em nesses tipos de provas, ser somente o réu o responsável pela produção de material probatório contra si mesmo, ou seja, a interceptação telefônica é um meio de violação do princípio da não autoincriminação que é justificada pelo nosso ordenamento como necessária

---

<sup>82</sup> “Constitui crime realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, ou quebrar segredo da Justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei. Pena: prisão, de dois a quatro anos, e multa.” (BRASIL. **Lei de Interceptações Telefônicas**, 1996.)

<sup>83</sup> GERONIMO, Paolo Di. **Il Contributo Dell'Imputato All'Accertamento Del Fatto**. Itália: Giuffrè, 2009. p. 143.

para a proteção de outros direitos como a segurança e proteção de toda sociedade. Nesse sentido, ensina Marcelo Schirmer Albuquerque:

“Porém, a interceptação telefônica opera-se de forma sigilosa sem que o indivíduo sequer perceba que sua intimidade está sendo violada e com a postergação do contraditório. Em face de tal característica, nesse meio de prova, o grau de contribuição real do investigado/acusado na produção da prova que pode alicerçar a condenação é enorme, possivelmente o maior entre os meios de prova conhecidos. Em muitos casos, obtém-se uma confissão detalhada do delito quando o indivíduo poderia (e poderá, no caso concreto) optar por silenciar-se e quando o interrogado (e é claro que o silêncio exercido no interrogatório não servirá de prova).”<sup>84</sup>

Da mesma forma, há o problema da interpretação do significado da linguagem utilizada nas conversas telefônicas dos investigados. Certo é que uma quadrilha poderá utilizar de linguagem criptografada a fim de evitar que seus delitos sejam provados pela autoridade policial numa eventual interceptação telefônica, ou mesmo para evitar que pessoas em volta do telefone possam perceber sua atividade criminosa.

Para Paolo di Geronimo, a jurisprudência consolidada italiana entende que a avaliação da linguagem utilizada em comunicações telefônicas que constituem questões de fato que devem ser abordadas na análise do mérito da questão, portanto deve ser motivada segundo critérios de lógica e experiência do juiz.<sup>85</sup> Assim, o juiz será o responsável por afirmar como avaliou a linguagem apurada através das interceptações.

Nesse sentido, ainda segundo o autor, o juiz deverá avaliar a clareza, a decifrabilidade do significado, a ausência de ambiguidade, que são os elementos necessários para verificar a força da prova obtida com a interceptação telefônica.<sup>86</sup> Da mesma forma, em caso de gírias e coloquialismo o juiz deverá observar as

---

<sup>84</sup> ALBUQUERQUE, Marcelo Schirmer. **A Garantia de Não Auto-Incriminação: extensão e limites**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 111.

<sup>85</sup>“Secondo un orientamento giurisprudenziale consolidato, l'interpretazione del linguaggio e del contenuto delle conversazioni costituisce una questione di fatto, rimessa alla valutazione del giudice di merito, e si sottrae al sindacato di legittimità se tale valutazione è motivata in conformità ai criteri della logica e delle massime di esperienza.” (GERONIMO, Paolo Di. **Il Contributo Dell'Imputato All'Accertamento Del Fatto**. Itália: Giuffrè, 2009. p. 145-146.)

<sup>86</sup>In particolare, il giudice deve vagliare complessivamente le conversazioni, individuando caratteri di chiarezza, decifrabilità dei significati, assenza di ambiguità, elementi in base ai quali pervenire dal dato testuale al senso effettivo. (GERONIMO, Paolo Di. **Il Contributo Dell'Imputato All'Accertamento Del Fatto**. Itália: Giuffrè, 2009. p. 145-146.)

formas de expressar o dialeto a que se submete por suas características culturais e o âmbito territorial em que o interlocutor consta.<sup>87</sup>

Ressalte-se, por fim, que a problematização da identificação do sujeito interpretado e da linguagem utilizada deve ser solucionada pela autoridade policial ou pelo Ministério Público, pois apesar da violação do princípio da não autoincriminação para a utilização de interceptações telefônicas, o réu não precisará ajudar na identificação dos signos de fala utilizados. Mesmo assim, em casos de utilização desse meio de prova, praticamente toda a condenação será embasada em explicações e conversas de telefone.

### 2.1.3 Sistemas de valoração de provas

Os sistemas de apreciação de provas sofreram inúmeras alterações no tempo. Inicialmente, o sistema adotado era o étnico/pagão/empírico, na qual “a apreciação das provas era deixada ao sabor das impressões do juiz”<sup>88</sup>, onde a base para as decisões era o juízo de experiência. Em seguida, passou-se para a fase religiosa, onde os métodos eram semelhantes, porém adotando-se julgamentos divinos, e utilizando-se de ordálias a fim de verificar a culpabilidade do réu, como por exemplo, jogar o acusado no rio e em caso de ele sobreviver, será considerado inocente, por vontade divina.

Posteriormente, os sistemas de valoração de provas visaram aos objetivos legislativos de cada espaço de tempo histórico, partindo da necessidade de se retirar poderes de juízes pelo poder legislativo e de fornecê-lhes. Assim, como diversos institutos do direito ele evoluiu para chegar ao ponto de que a argumentação jurídica definiria o melhor sistema. Assim, surgem três sistemas: o da íntima convicção do juiz, o da prova tarifada e o do livre convencimento motivado.

---

<sup>87</sup>Per l'interpretazione dei colloqui sarà imprescindibile tener presente elementi quali l'appartenenza linguistica degli intercettati, l'eventuale ricorso ad espressioni e modi di dire dialettati e, più in generale, l'ambito territoriale nei quali gli interlocutori operano, tenendo presente che di norma tali circostanze ingerano un linguaggio gergale próprio di un determinato contesto spazio-temporale. (GERONIMO, Paolo Di. **Il Contributo Dell'Imputato All'Accertamento Del Fatto**. Itália: Giuffrè, 2009. p. 146.)

<sup>88</sup>TOZADORI, André Camargo. Sistemas de Apreciação de Provas no Processo Penal. <<http://jusvi.com/artigos/22660>>. Acesso em: 12 de abril de 2011.

### 2.1.3.1 A íntima convicção

A valoração probatória pela íntima convicção do juiz penal é, segundo Mirabete, o sistema em que *"a decisão funda-se exclusivamente na certeza moral do juiz, que decide sobre sua admissibilidade, sua avaliação, seu carreamento para os autos"*<sup>89</sup>. Tal sistema, hoje em dia, parece não ser mais plausível, pois uma decisão baseada simplesmente na íntima convicção do juiz tornar-se-ia arbitrária. Ressalte-se que este sistema concede liberdade ilimitada ao julgador, podendo vir a decidir conforme seu conhecimento do caso, não necessitando ater-se às provas carreadas nos autos, em princípio.

Apesar das arbitrariedades trazidas por tal sistema, ainda vige a íntima convicção para procedimentos relativos ao Tribunal do Júri, no Brasil, pois os jurados ao responderem os quesitos formulados deverão fazê-los de forma simples, sem constar a motivação para que tenha chegado à conclusão de que o acusado deve ser condenado ou absolvido. Entretanto, mesmo que não precise fundamentar sua decisão, o júri estará limitado pela prova contida nos autos, pois o Código de Processo Penal prevê a possibilidade de recurso de apelação em caso de julgamento manifestamente contrário à prova carreada nos autos: *"Art. 593. Caberá apelação no prazo de 5 (cinco) dias: III - das decisões do Tribunal do Júri, quando: d) for a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos."*<sup>90</sup>

Não obstante tal previsão, ao invés de retificar a decisão proferida contrariamente aos autos, o Tribunal apreciador da apelação deverá apenas enviar os autos para a realização de novo júri, onde caso confirmada a decisão contrária à prova carreada aos autos, não será permitida a realização de novo júri e o acusado será vítima de injustiça sem possibilidade de revisão pelo 2º grau. Nesse sentido, é o que prevê o parágrafo 3º do artigo 593<sup>91</sup>:

*"§ 3º Se a apelação se fundar no no III, d, deste artigo, e o tribunal ad quem se convencer de que a decisão dos jurados é manifestamente contrária à prova dos autos, dar-lhe-á provimento para sujeitar o réu a novo julgamento; não se admite, porém, pelo mesmo motivo, segunda apelação."*

---

<sup>89</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 259-260.

<sup>90</sup> BRASIL, **Código de Processo Penal**, 1941.

<sup>91</sup> BRASIL, **Código de Processo Penal**, 1941.

Assim, conclui Eugênio Pacelli, então, pelo perigo das decisões tomadas com base no princípio da íntima convicção:

*“E o Tribunal do Júri, no que tem, então, de democrático, tem também, ou melhor, pode ter também, de arbitrário. E isso ocorre em razão da inexistência do dever de motivação dos julgados. A resposta à quesitação pelo Conselho não exige qualquer fundamentação acerca da opção, permitindo que o jurado firme seu convencimento segundo lhe pareça comprovada ou revelada (aqui, no sentido metafísico) a verdade”<sup>92</sup>*

### 2.1.3.2 A prova tarifada

Entre os sistemas de valoração de provas temos o da Prova Tarifada, ou Sistema de Provas Legais. Ele partiu da necessidade da população organizada retirar poder do juiz inquisitivo e instituir um modelo que permitisse aos cidadãos previamente saber a consequência do julgamento, sem ficar a mercê das vontades ilimitadas do juiz penal. Nesse sentido, explica Eugênio Pacelli:

*“Como superação do excesso de poderes atribuídos ao juiz ao tempo do sistema inquisitivo, o que ocorreu de forma mais intensa a partir do século XIII até o século XVII, o sistema das provas legais surgiu com o objetivo declarado de reduzir tais poderes, instituindo um modelo rígido de apreciação da prova, no qual não só se estabeleciam certos meios de prova para determinados delitos, como também se valorava cada prova antes do julgamento. Ou seja, no sistema de provas legais, o legislador é quem procedia à valoração prévia, dando a cada uma delas um valor fixo e imutável.”<sup>93</sup>*

O que se pretendia com tal sistema em que o juiz criminal era mantido preso a critérios de valoração entabulados anteriormente pela legislação, os quais informavam quais eram as provas mais valiosas, era evitar os abusos por parte dos juízes e inseguranças provenientes da liberdade de convicção do juiz. Outrossim, importante contribuição desse sistema era o impedimento que o juiz analisasse os fatos com o intuito de buscar a verdade real dos acontecimentos.

Ainda, segundo o mesmo autor, tal sistema de valoração probatória acabou por gerar outro problema, levando aqueles mesmos do período de total poder dos juízes inquisidores para apreciação de provas. Como para se obter uma condenação era exigido certo número de provas, o que muitas vezes não se possuía, buscava-se

<sup>92</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 589.

<sup>93</sup> *Ibidem*, p. 299.

a confissão do réu, considerada prova plena para a condenação, a partir de tortura da réu.<sup>94</sup>

Por fim, outro problema eram as distorções dadas para cada prova. Por exemplo, na Idade Média, aplicava-se maior valor ao testemunho de nobres ao invés de servos, mas possibilitava-se o cometimento de injustiças pelos nobres que eram privilegiados em seus testemunhos. Nesse sentido, na época o testemunho de dez servos era equivalente a de um nobre, assim por mais que o julgador percebesse a veracidade do depoimento do servo, teria que decidir em conformidade a esta proporção, ou seja, sabendo que poderia estar cometendo uma injustiça devido a sua vinculação com as normas processuais.<sup>95</sup>

### 2.1.3.3 O Livre Convencimento Motivado

Este sistema de valoração probatória embasa-se em dois aspectos: o primeiro deles é a livre formação do convencimento do juiz a partir das provas produzidas nos autos; o segundo, é que apesar de o juiz poder se convencer intimamente da necessidade de condenação ou não do réu, terá que motivar sua decisão através de um processo de argumentação racional. Assim, apesar de livre para apreciar as provas como melhor atender, o juiz está vinculado ao dever de motivar como se procedeu a essa convicção. Segundo Eugênio Pacelli:

*“É dizer: embora livre para formar o seu convencimento, o juiz deverá declinar as razões que o levaram a optar por tal ou qual prova, fazendo-o com base em argumentação racional, para que as partes, eventualmente insatisfeitas, possam confrontar a decisão nas mesmas bases argumentativas.”<sup>96</sup>*

Ou seja, o magistrado deve limitar sua atuação às provas constantes dos autos, bem como ele deve avaliá-las segundo critérios críticos e racionais, observando, ainda, as regras legais porventura existentes, bem como as máximas de experiência. Assim, é possível traduzir que a sentença judicial consubstancia-se

---

<sup>94</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. P. 299.

<sup>95</sup> OLIVEIRA FILHO, Heider Fiuza. **Da Prova no Direito Penal**. <[http://artigos.netsaber.com.br/resumo\\_artigo\\_2243/artigo\\_sobre\\_da\\_prova\\_no\\_direito\\_penal](http://artigos.netsaber.com.br/resumo_artigo_2243/artigo_sobre_da_prova_no_direito_penal)>. Acesso em: 12 de abril de 2011.

<sup>96</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 299.

na exteriorização do convencimento do juiz em face das provas produzidas no decorrer do processo.

Este é o sistema adotado pelo nosso ordenamento jurídico, sendo-o aplicável a todos juízes singulares ou Tribunais, exceto para o tribunal do júri, no qual vige o sistema da íntima convicção conforme já explanado anteriormente. Segundo o Código de Processo Penal, o juiz ainda tem algumas restrições para a motivação, ou seja, algumas provas não poderão ser utilizadas para fundamentar a condenação, por exemplo, as provas obtidas em sede de investigação que não foram roboradas em fase judicial, ressalvadas as provas antecipadas e não repetíveis (as perícias técnicas).

Nesse sentido, é o que prevê o artigo 155 do Código de Processo Penal:

“O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.”<sup>97</sup>

As provas nesse sistema não possuem qualquer hierarquia, portanto não há provas absolutas, inclusive a confissão pode não levar à condenação, em caso de o magistrado considerar que as demais provas vão contra o apurado no processo penal. As provas, portanto, estão livres de hierarquia, devendo o juiz apreciá-las e após fundamentar a razão da prevalência de uma prova sobre a outra no caso em específico. Nesse sentido, ensina Eugênio Pacelli:

“Julgamos efetivamente não ser possível afirmar, *a priori*, a supremacia de uma prova em relação a outra, sob o fundamento de uma ser *superior* a outra, para a demonstração de qualquer crime. Como regra, não se há de supor que a prova documental seja superior à prova testemunhal, ou vice-versa, ou mesmo que a prova dita pericial seja melhor que a prova testemunhal. Todos os meios de prova podem ou não ter aptidão para demonstrar a veracidade do que se propõem.”<sup>98</sup>

Ressalte-se, portanto, que nesse sistema de apreciação de provas, o juiz deve formar seu convencimento sem deixar de lado certas normas de processo penal, as quais contêm diversas limitações a sua interpretação. É o caso do artigo 155, do Código de Processo Penal que impede o juiz de utilizar exclusivamente as

---

<sup>97</sup> BRASIL, **Código de Processo Penal**, 1941

<sup>98</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 301.



provas colhidas em sede policial, pois a condenação deve ser motivada por provas obtidas em fase judicial.

Nesse contexto, se nesse sistema o juiz é limitado por tal ordem, é possível também afirmar que o silêncio do réu é outro limitador de fundamentação judicial, pois o juiz está impedido pelo ordenamento de utilizar-se de tal faculdade do réu para motivar sua condenação, ou ainda, para concatenar outros indícios do cometimento do delito.

Portanto, a limitação para que o juiz utilize o silêncio para condenar o réu justifica-se diante da necessidade de manutenção do direito fundamental do réu em não se autoincriminar. Caso o magistrado utilize do silêncio do réu para sua condenação, parecerá claro que está declarando que as demais provas são insuficientes para a condenação, atendo-se a falta de justificativas do acusado para condená-lo, invertendo-se, portanto, o ônus probatório do processo penal.

Baseado no convencimento motivado, o juiz deverá fundamentar sua decisão final. Assim, deve-se verificar como o magistrado conduzirá sua decisão. Para estruturar a valoração probatória, Trois Neto traz dois modelos de apreciação, o primeiro deles holístico e o segundo analítico. Neste, afirma que existem três fases para o convencimento judicial baseado nas provas obtidas em Juízo, constituindo-se, portanto, uma atividade complexa.

A primeira delas é *“a seleção probatória, ou seja, o juiz constata quais são os meios de prova constantes no processo, momento em que se verifica, por exemplo, se há depoimentos testemunhais sobre matéria fática relevante para o desfecho do caso”*, ou seja, esta é considerada a fase de seleção. Em seguida, o juiz possui a *“tarefa de interpretação probatória, pelo qual o juiz estabelece o conteúdo dos elementos de prova, como quando verifica o que disse determinada testemunha”*, caracterizando-se essa fase de análise probatória como fase de interpretação. Por fim, a terceira fase do convencimento judicial abrange a *“valoração propriamente dita do material probatório”*, por exemplo, quando *“avalia a credibilidade dos testemunhos”*, tornando-se essa a fase de valoração dos elementos de prova.<sup>99</sup>

Em cada uma dessas fases pode o juiz identificar as provas e a partir de um raciocínio argumentativo explicar os motivos pelos quais aceitou tal prova ou a refutou, deixando de embasar sua sentença em tal material probatório.

---

<sup>99</sup> TROIS NETO, Paulo Mário Canabarro. **Direito à Não Autoincriminação e Direito ao Silêncio**. 1ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 168-171.

## 2.2 RESPOSTA JUDICIAL

A resposta judicial para a autodefesa, além de evoluir ao longo do tempo, possui tratamento diferenciado dependendo se tratada em sua forma ativa ou passiva, o direito ao silêncio apesar de mais presente em nossos ordenamentos em relação ao direito de mentir, muitas vezes deixa de ser levado em conta no momento da formação do convencimento judicial, inclusive ressaltando-se a necessidade do acusado fazer prova de sua inocência. Nesse contexto, verifica-se a necessidade de abordagem individual da resposta judicial a autodefesa ativa e passiva, bem como posteriormente ser analisada a influência de cada uma delas no convencimento judicial e sua possibilidade de utilização como fundamentação de sentença em processo penal.

### 2.2.1 Autodefesa

#### 2.2.1.1 Passiva

A resposta judicial em relação à autodefesa passiva, ou seja, em relação ao direito de silêncio do réu, evoluiu ao longo da história. Conforme abordado anteriormente<sup>100</sup>, o direito ao silêncio foi muito utilizado para fins de condenação na sentença penal: ou ele era visto como modo do réu aceitar as acusações contra ele impostas, ou era torturado até que fosse obtida a confissão, a qual se sabe, era na maioria das vezes apenas uma forma que o réu via de cessar seu sofrimento.

Ao longo do tempo, entretanto, esse entendimento foi modificado. Nos Estados Unidos, país do *common law*, inúmeros julgados foram sedimentando o direito ao silêncio, entre os seus principais encontra-se o caso *Griffin vs. California*<sup>101</sup>, de 1965, no qual o réu, acusado de ter cometido o crime de homicídio, silenciou totalmente em seu depoimento perante o júri. A Corte então referiu que o acusado saberia explicar todas as questões da acusação, porém preferiu não fazê-lo

---

<sup>100</sup> Ver item 1.2.1 supra.

<sup>101</sup> *Griffin VS. Califórnia*, 380 US 609 (1965).

e tal atitude, portanto, poderia ser levada em conta como evidência do crime pelos jurados.

A Suprema Corte anulou a condenação, alegando a inconstitucionalidade de tal medida, pois mesmo sabendo que os jurados em seu convencimento pessoal poderiam levar em conta tal atitude, o Tribunal jamais poderia informar aos jurados que isso constituiria indício do delito.<sup>102</sup> Tal atitude constituiria um pena imposta pelo Tribunal, pelo simples fato de o réu exercer um direito seu<sup>103</sup>, pois não são todos os acusados que conseguem depor em seu favor, devido à pressão do momento, bem como suas características pessoais desfavoráveis.<sup>104</sup> A partir de tal marco, apesar de idas e vindas da jurisprudência, verifica-se que o judiciário não pode impedir o réu de exercer seu direito ao silêncio e mais: não pode utilizar-se de tal atitude para fundamentar uma decisão condenatória.

O réu como é sabe-se tem direito de exercer sua defesa passivamente, ou seja, deixando de pedir a produção de provas, bem como de responder ao interrogatório. Tal direito não o leva a ser considerado culpado, mesmo que pudesse afirmadamente responder aos questionamentos, ou ainda que tivesse meios para elucidar pontos relevantes que a acusação não tivesse obtido através das investigações.

O Código de Processo Penal, em seu artigo 186, introduzido pela reforma trazida pela Lei 10.792/2003 indica que:

“Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas. Parágrafo Único: O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa.”<sup>105</sup>

Tal norma vai é contrária ao artigo 198 que refere que: *“O silêncio do acusado não importará confissão, mas poderá constituir elemento para a formação do*

<sup>102</sup>“What the jury may infer, given no help from the court, is one thing. What it may infer when the court solemnizes the silence of the accused into evidence against him is quite another”

<sup>103</sup>“For the comment on the refusal to testify is a remnant of the 'inquisitorial system of criminal justice', Murphy v. Waterfront Common, 378 U.S. 52,55, which the Fifth Amendment outlaws. It is a penalty imposed by courts for exercising a constitutional privilege.”

<sup>104</sup>It is not every one who can safely venture on the witness stand though entirely innocent of the charge against him. Excessive timidity, nervousness when facing others and attempting to explain transactions of a suspicious character, and offences charged against him, will often confuse and embarrass him to such a degree as to increase rather than remove prejudices against him.

<sup>105</sup> BRASIL, **Código de Processo Penal**, 1941.

*convencimento do juiz.*<sup>106</sup> Entretanto, mesmo em tais condições o juiz não poderia embasar suas decisões com indicativos de que utilizara a passividade do réu no curso da ação penal para lhe condenar.

Portanto, o juiz pode condenar o réu que atua passivamente em sua defesa utilizando apenas os meios probatórios trazidos pela acusação e não refutados pela defesa, sem, contudo, utilizar o silêncio do réu ou sua não atuação para conectar os elementos de prova obtidos. Ou seja, a partir dessa decisão norte-americana e pelas atuais normas estabelecidas, o juiz jamais poderia referir para a condenação que o réu deixou de explicar porque encontrava-se na cena do crime no momento do ocorrido. Poderá, porém, referir que a acusação demonstrou que ninguém mais encontrava-se na cena do crime no momento do ocorrido, exceto o réu, o qual não trouxe nenhum álibi para os autos ou ainda a partir de imagens de vídeo.

Ressalte-se que a doutrina atual defende também que visto que lei mais atual trouxe a condição que o silêncio do réu não deveria adquirir espaço para servir de elemento de convicção para o juiz, de forma que a parte final do artigo 198 estaria tacitamente revogado.<sup>107</sup>

#### 2.2.1.2 Ativa

O réu possui como garantia no curso do processo penal a ampla defesa, portanto ele possui a capacidade de utilizar qualquer argumento com vistas à comprovação de sua inocência, bem como de qualquer meio de prova permitido pelo ordenamento jurídico. Entretanto, a possibilidade jurídica de produzir todas as provas necessárias para sua absolvição, levaria à ideia de que elas individualmente seriam de suma importância no deslinde da causa, acarretando a necessidade de serem rebatidas ponto a ponto pela acusação e pela defesa.

Com efeito, sendo o trabalho da acusação a antítese do executado pela defesa, parece claro que todos os pontos deveriam ser rebatidos. Qualquer

---

<sup>106</sup> BRASIL, **Código de Processo Penal**, 1941.

<sup>107</sup>“ Por isso, e como acabamos de ver, antes de proceder ao interrogatório, o juiz deverá informar o réu sobre o seu direito a permanecer calado e, ainda, que o exercício deste direito não implicará qualquer prejuízo para a defesa, ao contrário do que dispõe o art.198, revogado que se encontra pela superveniência da nova ordem constitucional de 1988 – e, agora, pela Lei nº 10.792/03, que alterou substancialmente o disposto no art. 186 do CPP”. (OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 361.)

alegação do réu deve ser refutada pela acusação, isto porque aquelas que não tiverem contraponto, poderão ser interpretadas como verdadeiras pelo juiz. Por outro lado, deve-se ressaltar as alegações manifestamente incoerentes, às quais a simples dedução lógica a partir das outras provas produzidas levarão a crer serem falsas. No entanto, o ônus para a acusação de não apontar o defeito da tese da defesa, inclusive nas manifestamente incoerentes, é que caso o juiz não perceba a falsidade da alegação, e a repute correta, causará a absolvição do réu.

Apesar desse certo dever da acusação em abordar todos tópicos da defesa, o juiz, por sua vez, não precisa abordar cada um dos elementos de defesa, exceto aqueles mais importantes para o deslinde da causa. Na verdade, o juiz deve declarar e embasar sua decisão nas provas produzidas, deve explicar o raciocínio lógico dos fatos e apontar as causas de decidir. Acerca do tema o Supremo Federal Tribunal e o Superior Tribunal de Justiça já assim decidiram:

*“EMENTA: AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO DE INSTRUMENTO. **CRIMINAL. PRESCRIÇÃO RECONHECIDA QUANTO AO CRIME DE ESBULHO. MANUTENÇÃO DOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA QUANTO ÀS DEMAIS QUESTÕES SUSCITADAS PELOS AGRAVANTES. AGRADO REGIMENTAL AO QUAL SE DÁ PARCIAL PROVIMENTO. 1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal admite o reconhecimento da prescrição na pendência de agravo e o prejuízo, obviamente, das questões suscitadas no recurso extraordinário que tenham relação com o delito cuja prescrição foi reconhecida. 2. As alegações de afronta à Constituição da República, se dependentes de reexame de normas infraconstitucionais, podem configurar ofensa apenas reflexa à Constituição da República. 3. Inviável o recurso extraordinário quanto à questão que não foi objeto de debate explícito pelo acórdão recorrido: incidência da Súmula 282 do Supremo Tribunal Federal. 4. O art. 93, inc. IX, da Constituição da República não exige que o órgão julgante manifeste-se sobre todos os argumentos de defesa apresentados, mas que fundamente as razões que entendeu suficientes à formação de seu convencimento: precedentes.**”<sup>108</sup>*

*“PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. ATUAÇÃO DO MESMO DEFENSOR. CORRÉUS. TESES DEFENSIVAS COLIDENTES. NÃO-OCORRÊNCIA. ALEGAÇÕES FINAIS. NULIDADE. INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO À DEFESA. OUTORGA DE PROCURAÇÃO. ANALFABETISMO. EFICÁCIA. CAPACIDADE CIVIL. ARTS. 3º E 4º DO CC. INTIMAÇÃO REGULAR PARA DEFESA PRÉVIA.*

<sup>108</sup> AI 661605 AgR, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 28/10/2008, DJe-064 DIVULG 02-04-2009 PUBLIC 03-04-2009 EMENT VOL-02355-07 PP-01291

*INTIMAÇÃO PARA CONSTITUIR NOVO ADVOGADO NA AUDIÊNCIA DE INTERROGATÓRIO. ART. 263 DO CPP. VIOLAÇÃO NÃO-CONFIGURADA. OMISSÃO. ACÓRDÃO RECORRIDO. PLEITO PREJUDICADO. RECURSO NÃO-PROVIDO.*

*1. Inexiste prejuízo à defesa se tornada nula e sem efeito a atuação do defensor nomeado para patrocinar os interesses do corréu que imputa a responsabilidade ao outro.*

*2. Não padece de ineficácia a procuração outorgada pelo recorrente em face do analfabetismo, condição que não lhe retira a capacidade para os atos da vida civil, nos termos dos arts. 3º e 4º do CC.*

*3. Não há cerceamento de defesa quanto feita a devida intimação do defensor para apresentar defesa prévia por ocasião do interrogatório.*

***4. Uma vez analisadas e decididas todas as questões necessárias ao deslinde da controvérsia, não há falar em vícios no acórdão e nem em negativa de prestação jurisdicional. O magistrado não está obrigado a responder a todos os argumentos das partes, quando já tenha encontrado fundamentos suficientes para proferir o decismum.***

*5. Recurso não-provido.*<sup>109</sup>

#### 2.2.1.3 Limitação e Criminalização

Apesar do princípio da ampla defesa garantir ao réu diversos meios de provar o não cometimento do ato ilícito, nenhum direito é irrestrito, pois isso acarretaria abusos de direito que muitas vezes prejudicaria a terceiros. Nesse sentido, apesar de a defesa possuir inúmeros meios a mais de apresentar provas do que a acusação, como, por exemplo, a possibilidade de utilizar-se de provas ilícitas, justamente para que o processo penal seja equânime entre as partes<sup>110</sup>, algumas limitações foram impostas pelo legislador contra a defesa ampla do réu.

<sup>109</sup> (REsp 1111676/PB, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 19/11/2009, DJe 14/12/2009)

<sup>110</sup> “É de se registrar, mais uma vez, que a ampla defesa autoriza até mesmo o ingresso de provas obtidas ilicitamente, desde que, é claro, favoráveis à defesa. E nem poderia ser de outro modo. Primeiro, porque, quando a obtenção da prova é feita pelo próprio interessado (o acusado), ou mesmo por outra pessoa que tenha conhecimento da situação de necessidade, o caso será de exclusão da ilicitude, presente, pois, uma das causas de justificação: o estado de necessidade. Mas mesmo quando a prova for obtida por terceiros sem o conhecimento da necessidade, ou mesmo sem a *existência* da necessidade (porque ainda não iniciada a persecução penal, por exemplo), ela poderá ser validamente aproveitada no processo, em favor do acusado, ainda que ilícita a sua obtenção. E assim é porque o seu não aproveitamento, fundado na ilicitude, ou seja, com a finalidade de proteção do *direito*, constituiria um insuportável paradoxo: a condenação de quem se sabe e se julga inocente, pela qualidade probatória da prova obtida ilicitamente, seria, sob quaisquer aspectos, uma violação abonável ao *Direito*, ainda que justificada pela finalidade originária de sua proteção (do *Direito*).” (OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 291.)

Para tanto, diversos tipos penais foram criados, limitando tal poder, mesmo que não sirvam exclusivamente à proteção aos excessos da autodefesa. Entre os delitos previstos que previnem o réu de agir por demais maliciosamente no processo penal estão: os crimes contra a honra, a atribuição de falsa identidade e a auto-imputação falsa de crime, previstos respectivamente nos artigos 138 a 140<sup>111</sup>, 307<sup>112</sup> e 341<sup>113</sup> do Código Penal.

Na primeira classe de delitos, o réu não poderia, com o objetivo de ser absolvido na ação penal caluniar outrem, pois a fim de obter vantagem pessoal estaria prejudicando a honra de terceiro. Com efeito, a doutrina define a honra sendo: *“a faculdade de apreciação ou o senso que se faz acerca da autoridade moral de uma pessoa, consistente na sua honestidade, no seu bom comportamento, na sua respeitabilidade no seio social, na sua correção moral”*.<sup>114</sup>

A calúnia é prevista no mesmo capítulo em que se encontram os crimes de injúria e difamação, as quais são protegidas penalmente a fim de evitar danos à honra das pessoas. A diferença entre os três crimes reside em sua aplicabilidade. Os crimes de calúnia e difamação protegem a honra objetiva das pessoas, enquanto a injúria defende a honra subjetiva. A diferença entre a difamação e a calúnia é que o fato que prejudicaria a honra neste caso caracteriza-se como crime, previsto na legislação penal, enquanto naquele, pode ser qualquer outro fato. Assim, a doutrina caracteriza a calúnia como uma difamação qualificada.

Entretanto, para o presente trabalho, a principal distinção que se faz entre a calúnia e os dois outros crimes contra a honra é a previsão do artigo 142, inciso I, do Código Penal: *“Não constituem injúria ou difamação punível: I- a ofensa irrogada em juízo, na discussão da causa, pela parte ou seu procurador;”*. Portanto, o que se verifica é que se o acusado cometer estes dois crimes a fim de esquivar-se da

<sup>111</sup>Art. 138 - Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime:

Pena - detenção, de seis meses a dois anos, e multa.

§ 1º - Na mesma pena incorre quem, sabendo falsa a imputação, a propala ou divulga.

§ 2º - É punível a calúnia contra os mortos.

Art. 139 - Difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação:

Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.

Art. 140 - Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou o decoro:

Pena - detenção, de um a seis meses, ou multa.

<sup>112</sup>“Atribuir-se ou atribuir a terceiro falsa identidade para obter

vantagem, em proveito próprio ou alheio, ou para causar dano a outrem: Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa, se o fato não constitui elemento de crime mais grave”.

<sup>113</sup>“Acusar-se, perante a autoridade, de crime inexistente ou praticado por outrem: Pena – detenção, de 3 (três) meses a 2 (dois) anos, ou multa”.

<sup>114</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. P. 658.

condenação, estará amparado por uma regra penal que lhe permite fazê-lo. Contudo, diferente é no caso da calúnia.

O legislador não previu que o acusado pudesse usar o artifício de imputar fato delituoso falso a terceiro para esquivar-se da condenação. Tal atitude causaria maiores prejuízos ao terceiro, do que benefícios ao acusado, o qual poderia valer-se de outros meios de prova verdadeiros para ser inocentado. Todavia, o acusado, neste caso, estaria amparado por seu estado de necessidade de defesa, portanto tem a possibilidade de imputar a autoria do fato à terceiro. Outrossim, somente mediante representação deste terceiro ofendido poderia haver uma possível persecução penal pela calúnia, pois trata-se de ação penal privada ou pública mediante representação. Caso a vítima não fique sabendo de tal conduta perante a autoridade judicial, o acusado será capaz de agredir sua honra e não ser punido por tal conduta.

Ressalte-se, todavia, que a condição de estado de necessidade de defesa, não invalidaria futura ação cível de indenização por parte da vítima que se sentiu ofendida.

Por outro lado, os crimes de falsa identidade e autoacusação falsa são verdadeiras limitações ao direito de mentir do réu. Nesse sentido, Theodomiro Dias Neto prevê que: “A *mentira é um direito do acusado desde que sua prática não resulte crimes.*”<sup>115</sup>

A doutrina é bastante pacífica quando à impossibilidade do réu mentir na primeira fase do interrogatório, qual seja, a de se identificar. Caso o réu identifique-se falsamente responderá pelo delito previsto no artigo 307 do Código Penal. Nessa linha predominante de pensamento, escreve Nucci:

“Autodefesa: não é infração penal a conduta do agente que se atribui falsa identidade para escapar da ação policial, evitando a prisão (...). Não abrange, no entanto, o momento de qualificação, seja na polícia, seja em juízo, pois, o direito de silenciar ou mentir que possui não envolve essa fase do interrogatório. Não há, como já visto em itens anteriores, qualquer direito absoluto, de modo que o interesse na escorreita administração da justiça, impedindo-se que um inocente seja julgado em lugar do culpado, prevalece nesse ato. Daí porque, falseando quanto à sua identidade, pode responder pelo crime do art. 307.”<sup>116</sup>

---

<sup>115</sup> Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº 19. São Paulo: RT, 1997, p. 187 (Apud BOTTINO, Thiago. **O direito ao silêncio na jurisprudência do STF**. São Paulo: Campus Jurídico, 2009, p. 73).

<sup>116</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 9ª ed. São Paulo: Revista dos



Assim, é para privar terceiros de responderem no lugar de outros pela sanção penal, tão prejudicial aos direitos do ser humano, que tal regra vem para limitar o direito de defesa do réu em favor do risco de terceiros tomarem para si o ônus de responder penalmente. Nesse sentido, ensina Sousa e Silva:

“(...) não é direito do investigado ou do réu negar-se a responder ou fazê-lo mentirosamente, no que diz respeito à sua qualificação pessoal, evitando-se, dentre outras situações, que o interrogando se faça passar por terceira pessoa ou mesmo por uma pessoa inexistente, com graves danos para os aspectos teleológicos do processo penal.”<sup>117</sup>

Nesse mesmo sentido, é que a doutrina limita o direito de defesa impedindo o réu de acusar-se falsamente, pois através de tal mentira estaria impedindo que o verdadeiro infrator fosse punido, que levaria não só à injustiça social, como também ao erro do judiciário. A atitude de confessar perante a autoridade judiciária tem grande valor probatório, mesmo que não absoluto, dessa forma, não punir a autoacusação falsa fragilizaria o poder judiciário em sua missão de fazer justiça. Guilherme de Souza Nucci, assim ensina:

“(...) Assim, sobre qualquer prisma, evitar a auto-acusação é tipo penal perfeitamente sintonizado com a segurança almejada pelo sistema jurídico-penal. Note-se que uma confissão, mormente quando feita em juízo, tem valor probatório dos mais fortes em nosso processo penal. Aliás, possui valor maior do que o devido, pois costuma-se desprezar a chance de a admissão de culpa ser falsa. Ainda assim, há contundência no depoimento de uma pessoa que, sem qualquer pressão aparente, admite, perante a autoridade, a prática de um delito. Essa conduta se fosse penalmente admissível, iria causar a provável condenação de um inocente, com a insequente impunidade do autêntico autor do crime. E, não havendo delito, remanesce, ainda, o inaceitável erro judiciário do Estado, algo que a Constituição ressaltou expressamente não ser suportável, tanto que assegura indenização. Diante disso, qualquer pessoa pode defender-se, quando for acusada da prática de um delito, embora não possa ficar impune caso o faça com o ânimo de chamar a si uma responsabilidade inexistente. (...)”<sup>118</sup>

---

Tribunais, 2009. p. 1046.

<sup>117</sup> SOUZA, Sérgio Ricardo de. SILVA, Willian. **Manual de processo penal constitucional**: pós reforma de 2008. Rio de Janeiro: Forense, 2008. P. 404.

<sup>118</sup> NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 7ª edição, 2007, p.1083.

Portanto, apesar de a ampla defesa sustentar inúmeras ações do réu, deve se ter em mente que ela não abrange toda e qualquer conduta no âmbito do processo penal, justamente para proteger outros bens jurídicos igualmente relevantes para o Estado Democrático de Direito.

## 2.2.2 A influência no convencimento judicial

### 2.2.2.1 Autodefesa Passiva

O direito ao silêncio, apesar de sua consagração através de inúmeras leis e tratados internacionais ainda torna-se matéria de discussão, pois dois artigos do Código de Processo Penal continuam em vigor a partir da mudança legislativa de 2003: o artigo 186, parágrafo único, que versa “*O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa*”; e o art. 198: “*O silêncio do acusado não importará confissão, mas poderá constituir elemento para a formação do convencimento do juiz*”.<sup>119</sup> Assim, ainda poderia haver prejuízo para o réu com seu silêncio, devido à possibilidade de ele ser levado em conta no convencimento do juiz.

Entretanto, como já revelado o silêncio não pode ser utilizado para fazer prova contra o réu, pois em nenhuma ocasião tem o réu o dever de prestar declarações obre os fatos apurados. Apesar de alguns doutrinadores referirem ocasiões em que o acusado deveria prestar declarações, sob pena de ver identificada sua culpa, diversos são os motivos que podem levar alguém a preferir o silêncio ao invés de tentar se justificar.

O primeiro deles seria o de que algumas pessoas simplesmente não falariam bem em juízo, ou acharia humilhante participar do interrogatório, ou ainda revelaria aspectos íntimos de sua conduta ou personalidade. Outro é que se advertido pelo juiz, o réu faz valer de seu direito, não deve ser punido por isso após, afinal foi o próprio magistrado que ressaltou sua possibilidade de silenciar.<sup>120</sup>

---

<sup>119</sup> BRASIL, **Código de Processo Penal**, 1941.

<sup>120</sup> TROIS NETO, Paulo Mário Canabarro. **Direito à Não Autoincriminação e Direito ao Silêncio**. 1ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 187-188.

O silêncio do réu é visualizado como ausência de provas no processo penal, e como tal deve apenas ser utilizada em seu benefício, pois inexistentes provas suficientes para a condenação, o réu deverá ser absolvido. O silêncio não deverá ser utilizado como elemento de não justificação do crime apurado, a fim de delimitar a autoria. Nesse sentido, ensina Trois Neto:

“Porém, se ele escolhe a estratégia de permanecer calado, o seu silêncio não é prova nem condenatória, nem absolutória: significa apenas ausência de respostas e, portanto, ausência de provas. Reconhecer um valor probatório intrínseco à inexistência da versão pessoal do réu sobre os fatos seria tão sem sentido como fazê-lo em relação ao “depoimento” de uma testemunha não encontrada, ou a uma “perícia” não realizada.”<sup>121</sup>

Deve-se ressaltar que o modelo processual mantém o acusado como inocente e assim ele é processado, portanto definir o silêncio como uma presunção de culpa, devido à ausência de justificações seria eliminar o direito a não autoincriminação. Portanto, para a manutenção da igualdade de armas entre a acusação e a defesa é necessário que o silêncio não seja interpretado em prejuízo do acusado.

Nesse sentido, a maior problematização poderia se dar em caso da acusação possuir um material probatório relevante de grande confirmação do delito cometido, pois nesses casos o acusado situa-se em posição desfavorável, na qual provavelmente só será absolvido se conseguir apresentar provas de sua inocência. O direito ao silêncio, mesmo nesses casos, não poderá ser utilizado para fundamentar a condenação, pois o réu analisando esse conjunto probatório ainda assim terá o direito de optar pela não autoincriminação e pelo silêncio.

Entretanto, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, em decisão de base um tanto duvidosa, no caso *Murray versus The United Kingdom*, decidiu que: “o comportamento de Murray não aumentou o grau de confirmação racional da hipótese fática, apenas acarretou uma diminuição das possibilidades de refutação da probabilidade do enunciado.”<sup>122</sup> Em tal decisão, o Tribunal afirmou que o silêncio do réu por si só poderia ser considerada uma inferência de que houve o cometimento do delito, tal foi o equívoco do TEDH, pois deveria apenas considerar que apenas as

---

<sup>121</sup> TROIS NETO, Paulo Mário Canabarro. **Direito à Não Autoincriminação e Direito ao Silêncio**. 1ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 190.

<sup>122</sup> *Ibidem* p. 193.

provas colhidas quando da abordagem de Murray, sem considerar a necessidade de contraprovas.<sup>123</sup>

Assim, o silêncio não é garantia de sucesso de defesa do réu, pois “o reconhecimento do direito de silenciar não pode assegurar o êxito da opção defensiva de exercê-lo, pois isso dependerá sempre das circunstâncias concretas.”<sup>124</sup> Todavia, mesmo não sendo garantia de absolvição, o silêncio do réu não deverá importar em base para a condenação em qualquer hipótese. A respeito do assunto ensina Maria Elizabeth Queijo:

*“Enfim, nenhuma consequência prejudicial ao acusado poderá ser extraída do exercício do direito ao silêncio. Caso contrário, a essência desse direito estaria comprometida. Ninguém pode exercer regularmente um direito seu e ser prejudicado em sua esfera jurídica, em decorrência desse exercício. Seria o mesmo que reconhecer a inexistência do direito em foco.”<sup>125</sup>*

#### 2.2.2.2 Autodefesa Ativa

O interrogatório é a maior expressão do direito de defesa do réu, é através dele que o acusado poderá apresentar a sua versão dos fatos ocorridos. Como consagrado atualmente como meio de defesa, o interrogatório também é expressão de direito a não autoincriminação, pois o réu não está obrigado a apresentar tal prova, podendo optar por silenciar, sem que tenha punição por isso conforme nossa legislação processual penal.

O interrogatório até recentemente era realizado no início do curso do processo penal. Após o recebimento da denúncia, o acusado era citado e intimado para comparecimento em audiência de interrogatório. Tal situação implicava em o réu não poder ter conhecimento de quais provas seriam trazidas aos autos e, portanto, dificultava sua escolha pelo silêncio ou pelo pronunciamento. Contudo,

<sup>123</sup> Case of JOHN MURRAY versus THE UNITED KINGDOM (Application number 00018731/91 – 08/02/1996): “[...] 47. On the one hand, It is self-evident that it is incompatible with the immunities under consideration to base a conviction solely or mainly on the accused’s silence or on a refusal to answer questions or to give evidence himself. On the other hand, the Court deems it equally obvious that these immunities cannot and should not prevent that the accused’s silence, in situations which clearly call for an explanation from him, be taken into account in assessing the persuasiveness of the evidence adduced by the prosecution. [...] The trial judge has a discretion whether, on the facts of the particular case, an inference should be drawn. [...]”

<sup>124</sup> TROIS NETO, Paulo Mário Canabarro. **Direito à Não Autoincriminação e Direito ao Silêncio**. 1ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 196.

<sup>125</sup> QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**: (o princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal). São Paulo: Saraiva, 2003. p. 219.

com a mudança legislativa, o interrogatório foi deslocado para ser o último ato processual, assim pode ser usado como verdadeira estratégia, tanto para o inocente quanto para o culpado.

Quanto à confissão ser usada como motivação para a condenação já abordou-se que ela não é prova cabal do cometimento do delito. Apesar de possuir relevante força para condenar o acusado, ela deve estar de acordo com as demais provas dos autos. Entretanto, a mentira poderia ser usada como prova de culpabilidade, pelo simples fato de o acusado não ser capaz de esclarecer verdadeiramente os fatos? Trois Neto assim refere acerca da influência da mentira no convencimento judicial:

*“Quanto à questão da possibilidade de a mentira no interrogatório poder ser valorada em desfavor do réu, sua compreensão deve ser colocada à vista das limitações discursivas que, por meio de regras de procedimento peculiares, acentuam a especialidade do discurso jurídico praticado no processo penal. A exigência de equiparação de armas no modelo de compreensão do processo penal impõe atenuações do dever de veracidade do imputado, de modo que a determinação da consequência jurídica da mentira do acusado depende de uma ponderação. Afirmações falsas que não ofendam a honra alheia, nem a persecução penal em face de terceiros, não se subsumem a nenhuma norma sancionadora, mas podem ter alguma influência, sob o aspecto cognitivo, no convencimento judicial relativo aos fatos objeto do processo no âmbito do qual elas foram proferidas. Essa possível consequência depende, sobretudo, da conexão da afirmação falsa com a sustentação da tese defensiva: uma afirmação inverídica sobre aspectos irrelevantes não teria aptidão para derrubar ou enfraquecer, por si só, com a versão do réu sobre o fato imputado, mas uma mentira sobre uma circunstância que tenha conexão com a negativa relativa ao fato principal pode enfraquecer os argumentos de refutação à tese acusatória. Com isso, não se impõe nenhuma sanção à conduta não veraz do réu, apenas trata de levar a sério, sob o aspecto da racionalidade discursiva, os seus atos de fala conscientemente praticados. Como sujeito processual livre para decidir sua estratégia de defesa, não se pode deixar de reconhecer que o acusado pode se ver prejudicado pelas más escolhas que tomar.”<sup>126</sup>*

Ou seja, a mentira do réu caso revelada poderia prejudicá-lo, pois a autodefesa seria desconsiderada, porém nada além da desconsideração poderia ser usada contra o réu, pois não há previsão legal para que a contradição de seu depoimento seja levada em conta para caracterizar a conduta delituosa. O juiz deve

---

<sup>126</sup> TROIS NETO, Paulo Mário Canabarro. **Direito à Não Autoincriminação e Direito ao Silêncio**. 1ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 180-181.

se ater à comprovação de autoria e materialidade, bem como do dolo para a condenação e não verificá-la a partir do depoimento do réu.

Caso suas contradições sejam usadas para a condenação, poderia se dizer que novamente seria aplicado as decisões de primeiras instâncias do caso Griffin VS. California<sup>127</sup>, pois naquele caso a ausência de declarações do réu levou o júri a considerá-lo culpado e, nestes casos, as declarações contraditórias caracterizariam o cometimento do delito. Assim, sendo a autodefesa considerada meio de defesa, o qual pode ser usado como melhor entender o acusado estrategicamente, com conseqüências graves a sua liberdade em caso de mal utilizados, deve poder o réu ter a possibilidade de utilizá-lo como melhor lhe aprouver.

Nesse mesmo sentido, segue ensinamento de ROXIN:

“[...] Tampoco lãs mentiras del acusado prueban, sin má razón, su culpabilidad, ya que no es extraño que um inocente tenga La expectativa de poder mejorar a través de mentiras [...]. De la comprobación de Haber participado de um hecho no se puede inferir, sin más, la participación em outro [...]. La nueva jurisprudência del BGH acentua, em medida crescente, com razón, este componente objetivo de la formación de la convicción a cuja función de control – comparada com la convicción subjetiva de la época anterior – no se puede renunciar [...].”<sup>128</sup>

Ou seja, em um sistema que visa à paridade de armas entre a acusação e a defesa, no qual esta geralmente está em grande desvantagem, pois a acusação teve a oportunidade de formar seu convencimento e ir atrás de provas durante o longo período do procedimento investigatório, parece clara a possibilidade de o réu mentir sem que seja prejudicado pela sua estratégia. Entretanto, com a nova mudança de momento processual do interrogatório que trouxe vantagem a defesa para este evento, também em uma verificação de paridade de armas deve o acusado saber que a mentira após todas as provas produzidas será inócua para sua defesa.

Ressalte-se, por fim, que apesar da mudança legislativa o réu continua sem o dever de verdade em seu interrogatório, relativamente a matéria de fato, ressalvados os limites já expostos anteriormente. Portanto, pode o acusado utilizar-se da versão que entender mais aplicável e bem sucedida para sua absolvição. Assim ensina Eugênio Pacelli: *“E como meio de defesa que é não poderia o acusado se ver*

---

<sup>127</sup> Griffin VS. Califórnia, 380 US 609 (1965).

<sup>128</sup> ROXIN, Klaus. 2000, *apud* TROIS NETO, Paulo Mário Canabarro. **Direito à Não Autoincriminação e Direito ao Silêncio**. 1ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 180-181.

*obrigado a sustentar esta ou aquela versão, estando, pois, descompromissado com o dever processual de verdade.*<sup>129</sup> (OLIVEIRA, 2009). Nesse mesmo sentido, é a doutrina de Maria Elizabeth Queijo:

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

[...]

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

Desse modo, a mentira e a reticência não podem ser consideradas indício de autoria e culpabilidade, conduzir ao agravamento da pena e tampouco servir de parâmetro para a avaliação da personalidade e conduta do acusado, para fins de fixação da pena.<sup>130</sup>

Portanto, a contradição do réu, a qual se encontra em um patamar intermediário entre o silêncio, o qual não deve ser penalizado como visto anteriormente, pois efetivo exercício de direito fundamental do réu, e a mentira a qual também não pode ser penalizada, exceto com a desconsideração do meio de defesa proposto, não pode também ser utilizada como base de tese de fundamentação da sentença condenatória. Assim, erros nas respostas do interrogatório, muitas vezes causados pelo nervosismo não podem fundamentar a sentença, a qual deverá basear-se exclusivamente nos fatos trazidos, sem mencionar que não foram refutados pelas explicações da autodefesa, nem que a lógica argumentativa do réu é demasiadamente fraca, levando a maior probabilidade de ocorrências dos fatos expostos pela acusação, pois da acusação exige-se certeza dos fatos, para o réu, entretanto, a mera dúvida deve ser capaz de lhe trazer resultados positivos.

---

<sup>129</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 339.

<sup>130</sup> QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**: (o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal). São Paulo: Saraiva, 2003. p. 230-231 e 235-236.

## CONCLUSÕES

O presente trabalho procurou analisar o direito ao silêncio e a não autoincriminação e a sua evolução e aplicação ao longo do tempo. Outrossim, após a delimitação destes dois direitos perpassou-se pela resposta judicial dada a cada um deles e sua influência para o convencimento judicial. A partir desse contexto, verificou-se a divergência doutrinária quanto a sua efetiva e irrestrita aplicação no processo penal.

Conforme se verificou, ambos os direitos passaram por fases de intensidade opostas, sendo afirmados pelo Iluminismo, como direitos de primeira geração, quando a sociedade como um todo concluiu que seria necessário se proteger do próprio Estado. Desde lá, como questão de política criminal exerceu maior ou menor influência dependendo da necessidade social de combate ao crime.

Nestes termos, a mudança legislativa trazida pela Lei nº 10.792/2003 visou, em um primeiro momento, a uma maior proteção ao cidadão frente ao Estado ao deslocar o interrogatório para o final da instrução processual. A partir desta alteração e da vontade expressa do legislador, pode-se afirmar que a manutenção do artigo 198 do Código de Processo Penal somente é explicada pela preocupação em que tal política criminal mude ao longo do tempo, entretanto, com a consciência de direitos atual o silêncio não pode influir para o convencimento do juiz penal ou, ao menos, é impossível que seja utilizado como base de fundamentação para a condenação do acusado.

Outrossim, pela concepção atual tanto o silêncio quanto a mentira do réu são possíveis de serem utilizadas, sem prejuízo para a defesa, como estratégia processual. O silêncio através do direito previsto na legislação que não permite que o réu seja forçado a responder perguntas, bem como não seja prejudicado por isso, pois caso contrário, não haveria garantia do exercício do direito ao silêncio. A mentira, por sua vez, pelo direito do réu de apresentar sua própria versão e pelo direito de não autoincriminação. A punição do réu quanto à mentira só deve ser considerada em caso da prática de outros crimes em seu depoimento, sob pena de mais uma vez não ser garantido o direito a não autoincriminação. A mentira, ainda, caso bem elaborada, não gerará prejuízo ao réu, pois é possível que não seja



constatada, assim, infere-se que tanto o silêncio quanto a mentira não deverão influenciar no convencimento judicial.

A contradição do acusado, apesar de ser falha de argumentação, por estar em meio intermediário entre o silêncio e a mentira, portanto também não deverá gerar prejuízo ao acusado. Ou seja, não deve o magistrado fundamentar sua sentença afirmando que não houve explicação condizente com os fatos, bem como que o depoimento do réu não é válido completamente devido a certas contradições. Mesmo que não exista o dever de fundamentar todos os argumentos da defesa, podendo alguns deles serem suprimidos da decisão, o conteúdo que pode ser confrontado com as provas da acusação deverão ser levados em conta na hora da fundamentação, por conseguinte.

Portanto, apesar de tais direitos serem esporadicamente fragilizados para a consecução de políticas criminais, verifica-se que se trata de direitos fundamentais, ou seja, deveriam ser constantemente protegidos, até para que o acusado possa ter certeza de seu método de defesa e para que o Estado não se apóie no próprio réu para condená-lo. Apesar de tal fragilização, atualmente, ao menos, o legislador parece entender que ele deve ser amplamente preservado.

## REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Marcelo Schirmer. **A Garantia de Não Auto-Incriminação: extensão e limites**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

AMARAL, Francisco. **Direito Civil: introdução**. 2. ed. aum. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

AQUINO, Tomás de. **Suma de Teología: 4ª Parte**. 4ª ed. Tradução de José Martorell Capó. Espanha: Biblioteca de Autores Cristianos, 2001.

BOTTINO, Thiago. **O direito ao silêncio na jurisprudência do STF**. São Paulo: Campus Jurídico, 2009.

BRASIL. **Vade Mecum RT**. 5. Ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

BRITTO, César; COELHO, Marcus Vinícius Furtado. **A Inviolabilidade do Direito de Defesa**. Minas Gerais: Del Rey, 2009.

BULOS, Lammêgo Uadi. **Constituição Federal Anotada**, 5 ed., revista e atualizada até a Emenda Constitucional nº 39/2002, São Paulo: Saraiva, 2003.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Garantias Constitucionais na Investigação Criminal**. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2006.

COUCEIRO, João Claudio. **A garantia constitucional do direito ao silêncio**. São Paulo: R. dos Tribunais, 2004. (Coleção estudos de processo penal Prof. Joaquim Canuto Mendes de Almeida).

CUNHA, Rogério Sanches; GOMES, Luiz Flávio; TAQUES, Pedro. **Limites Constitucionais da Investigação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FORSTER, Nestor José. **Direito de Defesa**. São Paulo: LTR, 2007.

GERONIMO, Paolo Di. **Il Contributo Dell'Imputato All'Accertamento Del Fatto**. Itália: Giuffrè, 2009.

GOMES, Luiz Flávio. **Tendências político-criminais quanto à criminalidade de bagatela**. São Paulo: RBCCRIM, 1992.

KANT, Immanuel. **Sobre um suposto Direito de Mentir por Amor à Humanidade**. Tradução de Artur Mourão. Lisboa, 1997.

MACHADO, Eduardo Muniz. **Delimitação do sentido e alcance do direito ao**

**silêncio. Um estudo sobre a natureza jurídica e aplicabilidade do inciso LXIII do art. 5º da Constituição Federal, que garante o direito de permanecer calado.** Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 548, 6 jan. 2005. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/6153>>. Acesso em: 23 mar. 2011.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional**. 7. Ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis. MORAES, Maurício Zanoide. "O Direito ao Silêncio no Interrogatório." **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, v.2, n.6, abr/jun. 1994.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 7ª edição, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

PEDROSO, Fernando de Almeida. **Processo penal: o direito de defesa: repercussão, amplitude e limites**. 3.ed.rev.atual.e ampl São Paulo: R. dos Tribunais, 2001.

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

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 10ª Edição, Rio de Janeiro, Lumen Júris, 2005.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. 4ª tiragem, São Paulo: Saraiva, 2004.

SALOMÃO, Heloisa Estelita. **O dever de informar e os crimes contra a ordem tributária**. Revista Dialética de Direito Tributário, n ° 3, São Paulo: Oliveira Rocha Comércio e Serviços Ltda, 1995.

SOUZA, Sérgio Ricardo de. SILVA, Willian. **Manual de processo penal constitucional: pós reforma de 2008**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

TOZADORI, André Camargo. **Sistemas de Apreciação de Provas no Processo Penal**. <<http://jusvi.com/artigos/22660>>. Acesso em: 12 de abril de 2011

TROIS NETO, Paulo Mário Canabarro. **Direito à Não Autoincriminação e Direito ao Silêncio**. 1ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009.

VILELA, Alexandra. **Considerações Acerca da Presunção de Inocência em Direito Processual Penal**. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.