

**XXVIII CONGRESSO NACIONAL DO
CONPEDI BELÉM – PA**

**DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E
CONSTITUIÇÃO I**

MAIQUEL ÂNGELO DEZORDI WERMUTH

RAFAEL FECURY NOGUEIRA

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFMS – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Direito penal, processo penal e constituição I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/CESUPA

Coordenadores: Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth; Rafael Fecury Nogueira – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-842-4

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, Desenvolvimento e Políticas Públicas: Amazônia do Século XXI

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Congressos Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVIII Congresso Nacional do CONPEDI (28: 2019 :Belém, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil



Universidade do Vale do Rio dos Sinos
Belém - Pará - Brasil
<https://www.cesupa.br/>

XXVIII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BELÉM – PA

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO I

Apresentação

É com grande satisfação que apresentamos o livro que reúne os artigos apresentados no Grupo de Trabalho “Direito Penal, Processo Penal e Constituição I”, por ocasião da realização do XXVIII Congresso Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito – CONPEDI. O evento aconteceu entre os dias 13 e 15 de novembro de 2019 nas dependências do Centro Universitário do Pará - CESUPA, instituição sediada na belíssima capital do Estado do Pará, Belém.

O Grupo de Trabalho acima referido, ocorrido em 15 de novembro, reuniu pesquisadores de todo o país, consolidando o estabelecimento, no âmbito do Congresso Nacional do CONPEDI, de um locus privilegiado de discussão dos mais variados temas abrangidos pelo Direito Penal, Processo Penal e Constituição. Da análise dos textos apresentados, fica evidente o propósito crítico dos autores quanto aos diversos temas que compõem a obra, como se evidencia da breve sinopse de cada um dos textos aqui reunidos:

O artigo intitulado “O crime como ‘mercadoria’: a mídia e a construção imagética do ‘homem delinquente’ no Brasil”, de autoria de Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth e Vera Lucia Spacil Raddatz, problematiza a influência exercida pelos meios de comunicação de massa no processo de produção de alarma social diante da criminalidade na sociedade contemporânea e na construção imagética da figura do “delinquente”, reforçando a seletividade punitiva que caracteriza o sistema penal brasileiro.

Já o artigo de autoria de Rafael Fecury Nogueira, intitulado “A prova por indícios no projeto de reforma do Código de Processo Penal: critérios para a sua admissibilidade e valoração”, analisa a disciplina da prova por indícios no projeto de reforma do Código de Processo Penal brasileiro (PL 8045/2010) que, importando a norma italiana, pretende conferir critérios mais seguros e racionais para a prova indiciária.

Por sua vez, o artigo de Lucas Morgado dos Santos e Luanna Tomaz de Souza, sob o título “(Des)Encarceramento feminino nas Regras de Bangkok”, visa a compreender de que forma políticas de desencarceramento estão costuradas às Regras de Bangkok, bem como os avanços e os limites destas Regras em relação ao sistema penitenciário brasileiro.

Sob o título “Controvérsias sobre competência de foro envolvendo as Forças Armadas”, Fernando Pereira Da Silva analisa as controvérsias sobre a competência de foro envolvendo as Forças Armadas e a insegurança jurídica advinda das interpretações destoantes do texto legal, considerando as controvérsias sobre se é competente a justiça comum ou militar para que julgue os processos oriundos do emprego dos militares.

O artigo “Desobediência civil e a greve de fome em presídios brasileiros”, de Evelise Slongo, discute a melhora das condições de vida dentro dos muros da penitenciária e como a greve de fome de presos é utilizada como meio de chamar a atenção das autoridades e da sociedade, configurando-se como um ato legítimo de desobediência civil.

O texto de Rafael Augusto Alves, sob o título “Execução antecipada da pena: constitucionalismo discursivo à brasileira”, aborda os julgamentos realizados pelo Supremo Tribunal Federal sobre a execução antecipada da pena (a partir da condenação em segunda instância), com o objetivo de estabelecer reflexões sobre o Constitucionalismo Discursivo e a sua capacidade de instituir a jurisdição constitucional como legítima mandatária popular a partir da representação argumentativa, conceito desenvolvido por Robert Alexy.

No artigo intitulado “Importunação sexual ou estupro? Os caminhos da satisfação da lascívia”, Ana Paula Jorge e Plínio Antônio Britto Gentil abordam a tipificação do novo crime de importunação sexual (Lei 13.718/18), evidenciando que os intérpretes divagam nos parâmetros para distingui-lo do estupro e estupro de vulnerável, ora baseando-se no emprego de violência, inclusive presumida, ora no contato entre corpos, ora na imprescindível participação da vítima, entre outros. O texto sugere, então, que se substituam essas distinções pelo seguinte: se no ato libidinoso houver contato do agente com órgão genital da vítima ou desta com o órgão genital daquele, o crime poderá ser estupro; ausente esse contato específico, hipoteticamente a conduta subsume-se ao tipo de importunação sexual.

Cássio Passanezi Pegoraro e Luiz Nunes Pegoraro abordam, no artigo “O direito à não autoincriminação: aspectos teóricos e práticos na legislação infraconstitucional”, o princípio constitucional da não autoincriminação de investigados, indiciados e réus em procedimentos de persecução penal, em consagração ao direito individual de não produção de provas contra si próprios, aprofundando a análise dos conceitos e reflexos legais do princípio em face de situações pontuais em que o mesmo acaba se afigurando como um efetivo ônus e não apenas um direito.

O artigo “O sistema democrático constitucional e sua influência no direito processual penal”, de autoria de José Serafim da Costa Neto e Maria Luiza de Almeida Carneiro Silva, parte do

pressuposto de que o Estado brasileiro possui como fundamento o sistema democrático constitucional, o qual é baseado em pilares centrais que garantem o funcionamento do ordenamento jurídico dos direitos fundamentais, especificamente na seara do processo penal.

No texto intitulado “Os impactos da corrupção na efetivação do direito constitucional à saúde no Maranhão: uma avaliação a partir da operação ‘Sermão aos Peixes’”, Sandro Rogério Jansen Castro e Claudio Alberto Gabriel Guimaraes, a partir de dados empíricos colhidos em operação realizada pela Polícia Federal, observam que a corrupção se revela como obstáculo à efetivação de direitos sociais no Maranhão, na medida em que os recursos destinados para a implementação de políticas públicas foram desviados para outros fins. Assim, a corrupção nesse modelo de gestão frustrou o direito constitucional à saúde no Estado.

O artigo de Ricardo Gagliardi, intitulado “Penas restritivas de direito: reinterpretação jurídica dos requisitos para a sua aplicação”, analisa os requisitos para a substituição das penas privativas de liberdade às restritivas de direito, frente à interpretação sistemática e conforme a Constituição, concluindo pelo direito à substituição em crimes em que for possível a aplicação de institutos despenalizadores, independentemente dos requisitos limitadores previstos no Código Penal, gerando menor grau de encarceramento e privilegiando resoluções mais éticas e dignas.

Luciana Correa Souza, no artigo intitulado “Reflexões em torno das manifestações do direito penal do inimigo no Brasil”, analisa as manifestações do Direito Penal do Inimigo em face dos ditames estabelecidos pela Constituição Federal de 1988, buscando evidenciar a impossibilidade de aplicação do Direito Penal do Inimigo no Estado Democrático de Direito Brasileiro.

Por fim, o texto de autoria de Ezequiel Anderson Junior e Greice Patricia Fuller, sob o título “Riscos ao internauta: um enfoque penal”, explora estatísticas sobre crimes virtuais, o que permite uma visão panorâmica das principais ameaças ao internauta na perspectiva penal.

Os leitores que acessarão este livro, certamente, perceberão que os textos aqui reunidos, além de ecléticos, são marcadas pelo viés crítico e pelo olhar atento à realidade contemporânea, o que reflete o compromisso dos pesquisadores brasileiros no âmbito das Ciências Criminais na busca pelo aperfeiçoamento do direito material e processual penal em prol da melhor e maior adequação às demandas hodiernas e à sempre necessária filtragem constitucional e convencional.

É com grande satisfação, portanto, que os organizadores desejam a todos uma excelente leitura!

Prof. Dr. Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth (UNIJUÍ, Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. Rafael Fecury Nogueira (CESUPA, Pará)

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

O DIREITO À NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO: ASPECTOS TEÓRICOS E PRÁTICOS NA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL

THE RIGHT TO NON-SELF-INCRIMINATION: THEORETICAL AND PRACTICAL ASPECTS OF INFRACONSTITUTIONAL LEGISLATION

**Cássio Passanezi Pegoraro
Luiz Nunes Pegoraro**

Resumo

O presente artigo tem por objetivo realizar uma análise do princípio constitucional da não autoincriminação de investigados, indiciados e réus em procedimentos de persecução penal, em consagração ao direito individual de não produção de provas contra si próprios, bem como aprofundar a análise dos conceitos e reflexos legais do princípio em face de situações pontuais em que o mesmo acaba se afigurando como um efetivo ônus e não apenas um direito.

Palavras-chave: Autoincriminação, Direitos individuais, Direito ao silêncio, Interrogatório, Nulidade

Abstract/Resumen/Résumé

This article aims to perform an analysis of the constitutional principle of non-self-incrimination of investigated, indicted and defendants in criminal prosecution procedures, in consecration to the individual right to not produce evidence against themselves, as well as to deepen the analysis of the concepts and legal reflexes of the principle in the face of specific situations in which it appears to be an effective burden and not just a right

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Keywords: self incrimination, Individual rights, Right to silence, Questioning, Nullity

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objeto o estudo do chamado princípio constitucional da não autoincriminação e seus reflexos nos atos processuais relacionados à atividade persecutória do Estado nos diversos procedimentos penais que se destinam a tal fim.

A partir da identificação das discussões doutrinárias em face de institutos jurídico-penais aos quais se alastram os efeitos da aplicabilidade do mencionado princípio, baseado nas lições doutrinárias de autores debatedores do assunto, traçamos uma linha de raciocínio lógico acerca dos efeitos práticos decorrentes de atos processuais que tenham seu regramento infraconstitucional baseado na esteira de um princípio que, a rigor, consagraria apenas o direito ao silêncio no processo penal e seus efeitos a partir do advento da Constituição republicana de 1988.

A atuação Estatal de persecução penal, amparada em princípios e regras estabelecidas para fins de garantir direitos fundamentais dos cidadãos aos quais ela se dirige, mostra-se legítima à medida em que os interesses sociais tutelados pelas normas penais se respaldam em elementos e dados concretos que justificam a restrição desses mesmos direitos fundamentais titularizados pelos infratores das referidas normas.

Em sendo assim, para que uma condenação penal se mostre devidamente legítima se faz necessária a comprovação do fato criminoso e de sua autoria de forma cabal pelos meios de investigação e instrução processual previstos em lei e com o devido respeito aos direitos consagrados do investigado ou do réu.

Um desses direitos fundamentais está no consagrado princípio da não autoincriminação, que determina nenhum investigado ou processado por quaisquer as instâncias voltadas a tanto poder ser compelido a gerar elementos que possam-lhe gerar, por tais meios, a restrição de sua liberdade ou mesmo seu patrimônio.

Nessa linha, a questão que se afigura é o conflito da pretensão punitiva do Estado, voltada à elucidação do fato criminoso para fins de aplicar a sanção penal em face de seus causadores possuir limites estabelecidos na Constituição, com o direito de defesa ampla destes últimos, amparado em um conjunto de princípios que informam os processos criminais e os institutos a ele aplicados.

1. Princípio do “*Nemo Tenetur se Detegere*”.

O princípio do direito à não autoincriminação está previsto no artigo 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal, assim disposto: “*o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado*”.

Em que pese a previsão constitucional direcionar a prerrogativa ao preso, claramente ela também se estende aos acusados soltos, até por conta da inerente integração do princípio da isonomia à questão, tendo os constitucionalistas que se trata de um exemplo de direito individual implícito decorrente daqueles que estão expressamente previstos no extenso rol do artigo 5º, da Constituição Federal, conforme explanado a frente.

Doutrinariamente, o princípio é conceituado pelo Professor Nelson Nery Junior:

[...] é da essência da ampla defesa o direito de não ser obrigado a se autoincriminar, tanto no processo administrativo como no judicial (penal, civil, trabalhista, eleitoral, militar). À proibição de autoincriminação corresponde o direito de não ser obrigado a produzir prova contra si mesmo. Não se pode compelir ninguém a produzir prova contra si mesmo, aplicando-se essa garantia tanto à pessoa física como jurídica. No processo sancionador (administrativo ou penal), o ônus da prova é da acusação que dela deve ser desincumbir pelos meios regulares em direito admitidos, sem obrigar o acusado a fazer prova contra si mesmo. (JÚNIOR, 2017, p. 299)

Já segundo Renato Brasileiro de Lima:

[...] trata-se de uma modalidade de autodefesa passiva, que é exercida por meio de inatividade do indivíduo sobre quem recai ou pode recair uma imputação. Consiste, grosso modo, na proibição de uso de qualquer medida de coerção ou intimidação ao investigado (acusado) em processo de caráter sancionatório para obtenção de uma confissão ou para que colabore em atos que possam ocasionar sua condenação (LIMA, 2018, p. 71 a 84).

Por sua vez, Maria Elisabete Queijo assim conceitua o princípio:

[...] o princípio do *nemo tenetur se detegere* objetiva proteger o indivíduo contra excessos cometidos pelo Estado, na persecução penal, incluindo-se nele o resguardo contra violências físicas e morais, empregadas para compelir o indivíduo a cooperar na investigação e apuração de delitos, bem como contra métodos proibitivos de interrogatório, sugestões e dissimulações. (QUEIJO, 2012, p. 55)

Ainda complementa a doutrinadora:

[...]. Antes de ser reconhecido expressamente no direito brasileiro por meio das incorporações, ao direito interno, do Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, já era possível extrair a incidência do *nemo tenetur se detegere* da cláusula do devido processo

legal, do direito à ampla defesa, com relevo para o direito ao silêncio, e do princípio da presunção de inocência. (QUEIJO, 2012, p. 69).

Como visto, em que pese a norma estabelecida no artigo 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal estabelecer o direito ao silêncio aos presos, a efetiva conotação do princípio que se detrai da referida norma estabelece sua ampliação a todos acusados ou investigados, presos ou não, bem como não apenas ao silêncio, mas também de não produzirem qualquer espécie de prova contra si mesmo, ou, ainda, o próprio direito à mentir nos autos, a fim de se furtar da responsabilização penal.

2. Princípios Correlatos.

O Princípio do *Nemo Tenetur se Detegere* ou Princípio da Não Autoincriminação tal como posto no artigo 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal não tem aplicabilidade isolada no mundo jurídico, vez que se mostra como um corolário da aplicabilidade em conjunto com outros que estabelecem os parâmetros e limites à atuação do Estado na repressão do fato criminoso.

3.1. Princípio do Devido Processo Legal

Consiste no processo conduzido à luz do disposto na Lei, que estabelece um procedimento a ser seguido que, por sua vez, denota formalidades nas quais se refletem as garantias do acusado no processo-crime. As formalidades previstas em lei, que reflitam garantias dos acusados não podem ser relevadas na condução do processo, sob pena de sua pseudo nulidade. Como exemplo, citamos a falta de alerta por parte do juiz, quanto ao direito do interrogado em permanecer calado, gerando a nulidade do ato, situação pontual que será melhor abordada no decorrer do presente trabalho.

3.2. Princípio da Presunção de Inocência

Por este princípio, ninguém será considerado culpado e, em vista disso, sofrerá qualquer prejuízo ou reprimenda, até o efetivo trânsito em julgado de uma sentença ou acórdão penal condenatório.

Nessa linha, vez que do direito ao silêncio exercício pelo investigado e réu não é possível a geração de consequências ao próprio, sem outros elementos de prova existentes nos autos não haveria a alteração do estado de inocência do réu, em decorrência do exercício de um direito que lhe é consagrado. Tudo isso apesar de, sob o aspecto material do instituto, se verificarem, sim, ocorrência de efeitos danosos ao réu em vista de seu silêncio em interrogatório.

3.3. Princípio da Ampla Defesa

O princípio, por conceito, consiste no fornecimento de todos os meios legítimos de defesa ao réu, para que se mostre legítima a imposição a este de uma sanção penal. A conotação do princípio possui distinção em sua aplicabilidade ao processo civil e ao processo penal, vez que, enquanto naquele o contraditório, em que pese efetivo, se limita ao binômio informação obrigatória e manifestação oportuna ou facultativa, no segundo se desdobra no binômio informação e manifestação obrigatória.

Além disso, para que se mostre efetiva a defesa ampla em seara penal ela deve ser exercida através de dois meios, a defesa técnica e a chamada autodefesa. Aquela informada pelo binômio acima, ou seja, com direito à informação e manifestação obrigatória por parte do defensor técnico. Já a última, pela oportunidade e respeito a esta, vez que, justamente pelo réu ter direito a silenciar-se, este pode, inclusive, consistir em uma estratégia para o bom exercício de sua defesa no caso.

3.4. Princípio da Responsabilidade Penal Subjetiva

Por este princípio, que também se mostra como decorrente do princípio da presunção de inocência, somente é possível a condenação do réu se comprovado seu dolo ou culpa *stricto sensu*, caso esta modalidade seja prevista para o crime a ele imputado. Isso porque, sem dolo ou culpa do agente, não há que se falar na existência do crime, por ausência de voluntariedade na conduta do agente que, por sua vez, é um elemento essencial do fato típico. A relação com o princípio da não autoincriminação está no fato de que em alguns crimes o elemento subjetivo do tipo penal está presumido em face de circunstâncias objetivas detectadas. Logo, para a comprovação da falta dessa intenção criminosa, não deve se valer o agente do silêncio, pois deste lhe advirá consequências prejudiciais.

3. Origem Histórica

A previsão originária, ou seja, a primeira aparição de forma positivada do princípio reside na Constituição Norte Americana que dispôs a respeito em sua Quinta Emenda, em 1791, que compôs o chamado “*bill of rights*” norte-americano, nos seguintes termos: “*Ninguém será obrigado, em um caso criminal, a testemunhar contra si mesmo (the right to remain silent)*”.

O Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, ato celebrado no âmbito da Assembléia Geral da ONU de 1966 e ratificado pelo ordenamento interno através do Decreto 592/1992, tratou do princípio em seu artigo 14, item 3, alínea “g”, nos seguintes termos: “3. *Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, a, pelo menos, as seguintes garantias:...* “g”: *De não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada.*”

A Convenção Interamericana de Direitos Humanos - CIDH, mais conhecida como Pacto de San Jose da Costa Rica, celebrado em 1969 e com início de vigência apenas em 1978 (11ª ratificação em Granada), em seu artigo 8º, p. 2º, alínea “g”, que dispõe possuir toda pessoa o direito de “*não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada*”. O Tratado foi ratificado ao ordenamento jurídico interno por meio do Decreto 678/1992.

4. Previsão Infraconstitucional

Infraconstitucionalmente, o assunto possui previsão no artigo 186, do Código de Processo Penal, nos seguintes termos: “*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*”.

Tal dispositivo teve sua redação determinada pela lei 10.792/2003, sendo que, antes da edição dessa lei, possuía a redação seguinte: “*antes de iniciar o interrogatório, o juiz observará ao réu que, embora não esteja obrigado a responder às perguntas que lhe forem formuladas, o seu silêncio poderá ser interpretado em prejuízo da própria defesa*”. Tal norma, vigente até 2003, mostrou-se flagrantemente inconstitucional a partir de 1988, com a edição da atual Constituição Republicana. Aliás, pode-se dizer que sequer havia sido recepcionada pela

nova ordem constitucional democrática de 1988. Corroborando esse entendimento, Guilherme de Souza Nucci (2019, p. 515/516).

Ademais, ainda no Código de Processo Penal, verifica-se o disposto no artigo 198, que não teve sua redação alterada, conforme o preceito acima, mantendo-se com o teor: *“O silêncio do acusado não importará confissão, mas poderá constituir elemento para a formação de convencimento do juiz”*.

Ora, temos que somente poderia ser considerado constitucional esse dispositivo, através da chamada interpretação conforme, se, quando do silêncio do réu em seu interrogatório, pudesse ele influenciar o juiz à prolação de uma sentença absolutória. Isso porque, se o artigo 186, do Código de Processo Penal menciona que o silêncio do acusado não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa, só permanece com razão de permanência o preceito do artigo 198 do mesmo diploma, se do silêncio o juiz se utilizar como mais um elemento de prova apto à gerar a absolvição do réu.

Segundo o Professor Guilherme de Souza Nucci, a parte final do artigo 198, do Código de Processo Penal não teria sido recepcionada pela nova ordem constitucional de 1988 (2019, p. 542).

5. Manifestações do Princípio

5.1. Direito ao Silêncio

Trata-se de direito expresso no mencionado artigo 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal, consagrado pelo disposto no artigo 186, do Código de Processo Penal, conforme sua redação determinada pela lei 10.792/2003.

Nos dizeres de Vicente Greco Filho, antes mesmo da alteração da redação do preceito:

[...] No interrogatório pode vir, espontaneamente, a confissão. Mas o silêncio não induz confissão ficta ou presumida. Tem o acusado, ademais, o direito constitucional garantido de ficar calado, não podendo o silêncio ser usado a seu desfavor, como dispõe o art. 186 e seu parágrafo único, que explicita a garantia constitucional de permanecer calado. (Filho, 2013)

Em que pese o direito se dirigir expressamente ao réu preso, ele se estende, claramente, aos acusados que respondam a um processo-crime em liberdade, tida essa extensão por alguns

constitucionalistas como exemplo de direito individual implícito decorrente dos princípios adotados pela Constituição Federal (no caso o do direito à não autoincriminação), conforme possibilita o artigo 5º, parágrafo 2º, da Constituição Federal: *“Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”*.

A exegese do preceito denota que se ao réu preso é assegurado o direito ao silêncio e de não se auto acusar, uma vez que não haveria qualquer fundamento lógico para a sua não extensão aos réus soltos, a estes também é garantida a mesma prerrogativa, como corolário da aplicação do princípio da isonomia à questão, de forma integrada ao princípio sob estudo.

Infraconstitucionalmente, o assunto possui previsão no artigo 186, do Código de Processo Penal, nos seguintes termos: *“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.”*

Tal dispositivo teve sua redação determinada pela Lei 10.792/2003, sendo que, antes da edição dessa lei, possuía a redação seguinte: *“antes de iniciar o interrogatório, o juiz observará ao réu que, embora não esteja obrigado a responder às perguntas que lhe forem formuladas, o seu silêncio poderá ser interpretado em prejuízo da própria defesa”*. Tal norma, vigente até 2003, mostrou-se flagrantemente inconstitucional a partir de 1988, com a edição da atual Constituição Republicana. Aliás, pode-se dizer que sequer havia sido recepcionada pela nova ordem constitucional democrática de 1988. Corroborando esse entendimento, Guilherme de Souza Nucci (2019, p. 515/516).

Ademais, ainda no Código de Processo Penal, verifica-se o disposto no artigo 198, que não teve sua redação alterada, conforme o preceito acima, mantendo-se com o teor: *“O silêncio do acusado não importará confissão, mas poderá constituir elemento para a formação de convencimento do juiz”*.

Ora, temos que somente poderia ser considerado constitucional esse dispositivo se, quando do silêncio do réu em seu interrogatório, pudesse influenciar ao juiz à prolação de uma sentença absolutória. Isso porque, se o artigo 186, do CPP menciona que o silêncio do acusado não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa, só permanece com razão de permanência o

preceito do artigo 198, CPP se do silêncio o juiz se utilizar como mais um elemento de prova apto à gerar a absolvição do réu.

Segundo o Professor Guilherme de Souza Nucci, a parte final do artigo 198, do CPP não teria sido recepcionado pela nova ordem constitucional de 1988 (2019, p. 542).

5.1.1. A falta de advertência do direito ao silêncio no interrogatório

Uma das questões relacionadas ao exercício do direito ao silêncio por parte do réu está no cumprimento da formalidade de alerta quanto ao exercício desse direito por parte do juiz, no interrogatório, conforme exige o *caput* do artigo 186, do Código de Processo Penal. Ou seja, caso o réu confesse a prática do crime em seu interrogatório, sem que o juiz lhe tenha advertido quanto à garantia processual prevista, tal ato seria válido como meio de prova? Ou estaria eivado de nulidade para fins de formação de convicção do juiz, por violação ao princípio da ampla defesa e seu corolário, o direito à não autoincriminação?

A questão é conflitante no Supremo Tribunal Federal, que, no julgamento do *Habeas Corpus* 82.463/MG, 1ª Turma – Relatora Ministra Elen Grace, de 05.11.2002, assim entendeu: “*A ausência de informação ao acusado, antes do início do interrogatório, acerca do direito de permanecer calado e de não responder às perguntas que lhe forem formuladas, acarreta nulidade do ato processual, com o conseqüente desentranhamento do respectivo termo*”.

Por sua vez, no julgamento da ação penal 530 – Mato Grosso do Sul – Relatora Ministra Rosa Weber, apresenta entendimento relativizando a questão: “*2. Não há nulidade automática na tomada de declarações sem a advertência do direito ao silêncio, salvo quando demonstrada a ausência do caráter voluntário do ato. Ademais, a presença de defensor durante o interrogatório do investigado ou acusado corrobora a higidez do ato. Precedente citado. Segundo este julgado, no máximo uma nulidade relativa apenas poderia ser suscitada na falta de advertência do direito ao silêncio ao interrogado, que esteja assistido por advogado*”.

A respeito, trazemos as lições de E. Magalhães Noronha:

[...] Por mais de uma vez dissemos que o interrogatório é feito na presença do defensor; conquanto ele não intervenha no ato, sua assistência é obrigatória, aliás, como se vê dos art. 187, 261, 263, 395 etc. Sendo o acusado menor, o interrogatório se fará na presença de seu curador. É tradição do nosso Direito essa nomeação, querendo-a o Código desde o inquérito policial (art. 15). A

falta de nomeação, no interrogatório judicial, importa, a nosso ver, nulidade.
(Noronha, 2002)

À luz desse entendimento, a falta de alerta do juiz ao réu sobre seu direito de permanecer calado, nos termos do artigo 186, do Código de Processo Penal apenas geraria nulidade de eventual confissão realizada no interrogatório se neste ato o réu não estiver acompanhado de advogado, ou, caso a confissão não adviesse de ato voluntário do réu, isto é, se coagido à confissão, sem assistência de defensor.

Isso porque a presença de defensor no interrogatório, bem como a oportunidade de entrevistar-se previamente com o réu, afasta a nulidade presumida do ato processual, caso nele for confessado o delito. Eventual coação ou dissimulação para que assim o réu haveria, da mesma forma, questionada pela defesa técnica.

5.1.2. O silêncio do réu como um ônus processual

A par do direito individual do réu de permanecer em silêncio e de tal postura não ser possível lhe trazer qualquer prejuízo no processo, temos, por outro lado, a questão do elemento subjetivo de crimes que acabam se presumindo à luz de circunstâncias objetivas constatadas.

É o caso, por exemplo, do agente flagrado instantes após o furto, na posse da *res furtiva*. Essa constatação gera uma presunção de que o agente tenha subtraído o bem para dele se apoderar, sendo que se a subtração se destinasse para o uso temporário, com intenção de seu agente de o restituir à vítima, tal ônus cabe ao próprio agente. Logo, se valer-se do silêncio, tal lhe gerará um prejuízo no caso, a despeito do disposto no artigo 186, Parágrafo Único, do Código de Processo Penal.

Nesse sentido, entendimento do TJ/MG, no julgamento do processo 1.0024.11.2829.84-1/001: “*A posse da res furtiva, aliada às condições da prisão, mediante denúncia anônima, bem como diante da fragilidade da versão do agente e seu envolvimento com a criminalidade, faz presumir o dolo, conduzindo à inversão do ônus da prova, cabendo ao réu demonstrar o desconhecimento*”.

Ainda, o caso do sujeito flagrado com a vítima mantida em cárcere. A ausência da intenção financeira de sua conduta cabe ao próprio, para fins de gerar a tipicidade de sua conduta no artigo 148, do Código Penal e não no artigo 159, do mesmo *códex*.

Logo, exercido o direito ao silêncio, se os demais elementos do conjunto probatório não direcionarem para o sentido contrário, gerará ao agente uma responsabilização mais gravosa, apresentando-se o seu direito ao silêncio como, de fato, um efetivo ônus que, exercido nessas ocasiões, lhe trará, inexoravelmente, um prejuízo, porém sem se falar de qualquer nulidade na condenação por violação do princípio da não autoincriminação.

5.2. Direito de Mentir

Questão bastante debatida na doutrina está no direito de mentir do réu como estratégia defensiva para se furtar à atuação estatal voltada a sua condenação pelo fato criminoso.

Segundo Guilherme Nucci, tal direito se apresenta como corolário do seu direito a ampla defesa e do princípio que determina que ninguém é obrigado a se autoacusar, nos seguintes termos:

[...] sustentamos ter o réu o direito de mentir em seu interrogatório de mérito, pois constitui decorrência e parte integrante de sua ampla defesa, ícone do direito individual fundamental. Em primeiro lugar, porque ninguém é obrigado a se autoacusar. Se assim é, para evitar a admissão de culpa, há de afirmar o réu algo que sabe ser contrário à verdade. Em segundo lugar, o direito constitucional à ampla defesa não poderia excluir a possibilidade de narrar inverdades, no intuito cristalino de fugir à incriminação. Aliás, o que não é vedado pelo ordenamento jurídico é permitido. E se é permitido, torna-se direito. A despeito disso, há judiciosas opiniões em sentido contrário, inadmitindo o direito de mentir do acusado: Tornarghi, Camargo Aranha e Mirabete (ver, a respeito, o nosso O valor da comissão como meio de prova no processo penal, p. 86). Adotando esta última linha, Badaró menciona que ‘não há um direito de mentir para o acusado. Há uma irrelevância jurídica na mentira do acusado, posto que de tal ato não lhe poderão advir consequências negativas. (NUCCI, 2019, p. 233)

Por sua vez, Edilson Mougenot Bonfim apresenta diverso posicionamento sobre o tema:

[...] A Constituição Federal assegura ao indiciado e ao réu o direito ao silêncio (art. 5º, LXIII). Entre nós, foi consagrado o princípio da não autoincriminação (consubstanciado no brocardo latino *nemo tenetur se detegere*). Não pode, assim, o acusado ser obrigado a produzir provas contra si. Parcela da doutrina sustenta como consequência do direito à não autoincriminação o denominado ‘direito de mentir’, o que não nos parece correto. Como bem adverte Tornaghi ‘o réu pode mentir’ (Curso de processo penal, 6. Ed. P. 363), porquanto esta conduta não está tipificada como crime. Porém, pede o acusado responder por denúncia caluniosa (art. 339 do CP) ou autoacusação falsa (art. 341 do CP) caso a mentira contada em seu interrogatório subsuma-se a um dos tipos penais mencionados. Assim, caso o réu acuse-se falsamente de um crime praticado por outrem em seu interrogatório, perpetrará o delito de autoacusação falsa. (BONFIM, 2017, p. 437/438)

Já Renato Brasileiro de Lima, traz a seguinte lição a respeito:

[...] alguns doutrinadores entendem que o acusado possui o direito de mentir, por não existir o crime de perjúrio no ordenamento pátrio. A nosso ver, e com a devida vênia, não se pode concordar com a assertiva de que o princípio do ‘*nemo tenetur se detegere*’ assegure o direito à mentira. Em um Estado Democrático de Direito, não se pode afirmar que o próprio Estado assegure aos cidadãos direito a um comportamento antiético e imoral, consubstanciado pela mentira. A questão assemelha-se à fuga do preso. Pelo simples fato de a fuga não ser considerada crime, daí não se pode concluir que o preso tenha direito à fuga. Tivesse ele direito à fuga, estar-se-ia afirmando que a fuga seria um ato lícito, o que é correto, na medida em que a própria Lei de Execuções Penais estabelece como falta grave a fuga do condenado (LEP, art. 50, inciso III). Na verdade, por não existir o crime de perjúrio no ordenamento pátrio, pode-se dizer que o comportamento de dizer a verdade não é exigível do acusado, sendo a mentira tolerada, porque dela não pode resultar nenhum prejuízo ao acusado. Logo, como o dever de dizer a verdade não é dotado de coercibilidade, já que não há sanção contra a mentira no Brasil, quando o acusado inventa um alibi que não condiz com a verdade simplesmente para criar uma dúvida na convicção do julgador, conclui-se que essa mentira há de ser tolerada por força do ‘*nemo tenetur se detegere*’. A esse respeito, concluiu o Supremo Tribunal Federal que, no direito ao silêncio, tutelado constitucionalmente, inclui-se a prerrogativa processual de o acusado negar, ainda que falsamente, perante a autoridade policial ou judiciária, a prática da

infração penal. Se essa mentira defensiva é tolerada, especial atenção deve ser dispensada às denominadas ‘mentiras agressivas’, quando o acusado imputa falsamente a terceiro inocente a prática de delito. Nesta hipótese, dando causa à instauração de investigação policial, processo judicial, investigação administrativa, inquérito civil ou ação de improbidade administrativa contra alguém que o sabe inocente, o agente responderá normalmente pelo delito de denunciação caluniosa (CP, art. 339), porque o direito de produzir prova contra si mesmo esgota-se na proteção do réu, não servindo de suporte para que possa cometer outros delitos. Também crime a conduta de ‘acusar-se, perante a autoridade, de crime inexistente ou praticado por outrem (CP, art. 341, autoacusação criminosa). Na mesma linha, tem prevalecido o entendimento de que o direito ao silêncio não abrange o direito de falsear a verdade quanto à identidade pessoal. Para o Supremo, tipifica o crime de falsa identidade o fato de agente, ao ser preso, identificar-se com nome falso, com o objetivo de esconder seus maus antecedentes. A propósito, eis o teor da súmula 522 do STJ: ‘a conduta de atribuir-se falsa identidade perante autoridade policial é típica, ainda que em situação de alegada autodefesa (Lima, 2018, p. 73/74).

À luz das lições acima transcritas, concluímos que apesar dos entendimentos no sentido de que o direito ao silêncio não estende, também o direito à mentira como estratégia do réu para se furtar à persecução penal do Estado, fato é que tal postura apenas lhe acarretará alguma consequência jurídica, caso gere violação a direito de terceiros, como a instauração de procedimento de investigação ou mesmo um processo criminal ou cível em face de outrem, para fins de responder, por exemplo, pelo delito de denunciação caluniosa, previsto no artigo 339, do Código Penal.

Na mesma linha, caso minta ou mesmo silencie por ocasião de seu interrogatório de qualificação ou de identificação, previstos, respectivamente, nos artigos 186 e 187, parágrafo 1º, do Código de Processo Penal, momentos nos quais não lhe é dada a prerrogativa de silenciar-se ou mesmo mentir, sob pena de responsabilidade penal por tal postura, nos termos do artigo 341, do Código Penal.

6. Conclusão

Como visto, os princípios e garantias que formam a chamada base constitucional da atuação persecutória do Estado não possuem aplicabilidade isolada, vez que os preceitos nos quais estão previstos possuem interpretação e aplicação integrada.

Dessa forma, o princípio do direito à não autoincriminação, que denota, de forma expressa, o direito ao silêncio aos investigados e acusados em geral, mostra-se, de fato, como uma decorrência dos demais princípios que informam a atuação estatal, notadamente, o devido processo legal, ampla defesa e contraditório. Direitos fundamentais dos acusados que, se não observados, gera a nulidade do processo e a ilegitimidade da repressão estatal pela prática da infração penal.

Aprofundando no tema, verifica-se que ainda temos um conflito legislativo sobre a efetiva conotação do princípio, uma vez que o ainda vigente artigo 198 do Código de Processo Penal dispõe expressamente em sentido contrário a sua expressão constitucional.

Ainda, na esteira do entendimento da inexistência de direitos fundamentais de caráter absoluto, o princípio da não autoincriminação também não possui essa concepção, uma vez que em determinadas situações se afigura como um efetivo ônus ao réu que, silenciar-se em relação à acusação que lhe é feita, sofrerá a reprimenda estatal, sem poder alegar sua nulidade, vez que a oportunidade para apresentar circunstâncias diversas das que se presumem dos elementos de prova até então coligidos, foi respeitada.

É o que ocorre, por exemplo, com o chamado furto de uso em andamento, sendo o agente flagrado na posse da *res furtiva* em relação à qual tinha apenas a intenção de se utilizar momentaneamente. Silenciando o réu acerca dessa circunstância, a presunção decorrente dos elementos de prova até então coligidos, ainda que mínimos, que denotam o agente ter obtido a posse do bem, servirão de base legítima para sua condenação pelo crime de furto.

Temos ainda a emblemática questão acerca da falta de advertência do juiz sobre direito ao silêncio previsto no artigo 186, do Código de Processo Penal em favor do réu no seu interrogatório.

Apesar do direcionamento jurisprudencial pela relativização dessa formalidade para fins de possível reconhecimento de nulidade do ato, considerando outros aspectos que o envolvem, como a obrigatória presença de defensor, temos que, em se tratando de formalidade que está intimamente ligada à ampla defesa do réu, a ausência de seu cumprimento tornaria ilegítimo o seu produto para fins de formação de convicção do juiz no caso, notadamente se dele advir a confissão do réu.

Por fim, resta-nos afirmar que o princípio inculcado no disposto no artigo 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal, apesar de não expresso no preceito, que apenas tutela

expressamente o direito do réu ao silêncio, denota a necessidade de tratamento objetivo pelo ordenamento jurídico infraconstitucional, de modo a inibir questões de conflito acerca da sua aplicabilidade prática, notadamente, em homenagem ao princípio acusatório, adotado pelo nosso sistema processual penal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Luiz Alberto David; JÚNIOR, Vidal Serrano Nunes. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Verbatim, 2017.

BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2016.

BONFIM, EDILSON MOUGENOT. *Código de Processo Penal Anotado*. São Paulo: Saraiva, 2017.

ESTEFAM, André; GONÇALVES, Vitor Eduardo Rios; *Direito Penal Esquemático – Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 2016.

FILHO, Vicente Greco. *Manual de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2013.

JÚNIOR, NELSON NERY. *Princípios do Processo na Constituição Federal*. São Paulo: RT, 2017.

LIMA, RENATO BRASILEIRO DE. *Manual de Processo Penal*. São Paulo: Juspodium, 2018.

MARCÃO, Renato. *Código de Processo Penal Comentado*. São Paulo: Saraiva, 2016.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2007.

NORONHA, E. Magalhães. *Curso de Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 2002.

NUCCI, GUILHERME DE SOUZA. *Código de Processo Penal Comentado*. São Paulo: Forense, 2019.

NUCCI, GUILHERME DE SOUZA. *Curso de Direito Processual Penal*. São Paulo: Forense, 2019.

QUEIJO, MARIA ELIZABETH. *O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio nemo tenetur se detegere e sua decorrências no processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2012.