XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO II

LUIZ GUSTAVO GONÇALVES RIBEIRO

MAIQUEL ÂNGELO DEZORDI WERMUTH

MIGUEL TEDESCO WEDY

Copyright © 2018 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

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 Naspolini - 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 - IMED – 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 – Goías
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 (UFSM – 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 Prof.
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 II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UNISINOS

Coordenadores: Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro; Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth; Miguel Tedesco Wedy. – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-716-8
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Tecnologia, Comunicação e Inovação no Direito

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Porto Alegre, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

Universidade do Vale do Rio dos Sinos
Porto Alegre – Rio Grande do Sul - Brasil
http://unisinos.br/novocampuspoa/

XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO II

Apresentação

O Grupo de Trabalho Direito Penal, Direito Processual Penal e Constituição II reuniu-se, na data de 16 de novembro de 2018, durante o XXVII Congresso Nacional do CONPEDI, sediado na Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), campus Porto Alegre, com o propósito de discutir questões emergentes e de vultosa importância no tocante às práticas penais, às leis penais brasileiras e ao tratamento dado aos assuntos tratados em cada qual dos artigos pela doutrina nacional e internacional.

De início, poderá o leitor perceber que os temas tratados são ecléticos e transitaram, com grande transdiciplinaridade, por outras grandes áreas do conhecimento, mais precisamente as ciências humanas e as ciências médicas, estas exploradas, notadamente, quando analisada a questão das medidas de segurança, bem como no tratamento da dimensão biopolítica da violência perpetrada contra a mulher no âmbito doméstico e carcerário e, por último, quando da análise das práticas reificantes na sociedade do controle.

O tema das medidas de segurança foi explorado pelo artigo intitulado "Medida (de segurança) cautelar: a herança do tradicionalismo penal-psiquiátrico no processo penal brasileiro", de autoria de Thayara Silva Castelo Branco e Antonio Eduardo Ramires Santoro, o qual aborda, a partir de uma perspectiva crítica, o ranço do positivismo criminológico que coloca a periculosidade como verticalizadora do Sistema de Justiça Criminal, análise realizada a partir da Lei nº 12.403/11, a qual reformou o sistema de cautelares no processo penal brasileiro, introduzindo, dentre elas, medidas diversas da prisão como a internação provisória de inimputável ou semi-imputável.

Por seu turno, o artigo de autoria de André Giovane de Castro e Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth abordou, a partir da filosofia agambeniana, a violência perpetrada contra as mulheres nas esferas doméstica e prisional, com base em dados de homicídios e encarceramento, à luz da Lei Maria da Penha e da Lei de Drogas, sob o título "Da casa ao cárcere: uma leitura biopolítica dos campos de violência contra a mulher".

Já o artigo de Elesandra Maria Da Rosa Costella, sob o título "As (possíveis) respostas da teoria do reconhecimento às práticas reificantes da sociedade do controle" abordou o tema da utilização do direito penal como instrumento de controle social das classes marginalizadas,

compostas por pessoas consideradas enquanto vidas dispensáveis, às quais se nega o reconhecimento e inclusão no sistema social, reificando-as, uma vez que a inclusão, na sociedade contemporânea, é condicionada à capacidade de consumo.

Importante destacar que os textos ora apresentados revelam o entendimento de pesquisadores das mais diversas partes do Brasil, de norte a sul e de leste a oeste, e externam parte da realidade prática vivenciada pela população de diversos Estados, desde o ponto de vista de questões prisionais até aquelas concernentes ao exercício de policiamento ostensivo realizado pelo exército brasileiro, nas chamadas práticas de Garantia da Lei e da Ordem (GLO).

Isso fica muito evidente a partir do artigo de autoria de Guilherme Rego Magalhães, o qual, sob o título "A resiliência da prisão especial como instituição jurídica e social", aborda o tema da prisão especial no direito brasileiro, da sua função em nossa estrutura social e de como ela foi racionalizada ao longo de sua história, a fim de apontar o seu anacronismo.

Por sua vez, o artigo intitulado "O princípio da sustentabilidade e a execução provisória da pena privativa de liberdade", escrito por Alan Peixoto de Oliveira e Cássia Daiane Maier Gloger, analisou a compatibilidade da norma constitucional, como redigida na Constituição da República com a execução provisória da pena privativa de liberdade, diante dos aportes do Princípio da Sustentabilidade, empreendendo uma reconstituição do sistema Global de Direitos Humanos previstos nos documentos internacionais do qual o Brasil é signatário.

Nesse bloco, situa-se, ainda, o artigo intitulado "O inadimplemento da pena de multa e a progressão de regime prisional sob o prisma do direito penal libertário", de Marcos Paulo Andrade Bianchini, que versa sobre a compatibilidade da decisão no Agravo Regimental da Execução Penal nº 16 – STF, que impediu a progressão de regime de condenado por inadimplemento da pena de multa, com a teoria do Direito Penal Libertário.

O artigo intitulado "A atuação das Forças Armadas nas Operações Ágata e o programa de proteção integrada nas fronteiras brasileiras no combate à criminalidade", elaborado por Andreia Alves De Almeida e Savio Antiógenes Borges Lessa, por seu turno, tem por foco a atuação das Forças Armadas na faixa de fronteira, analisando seu poder de polícia e atribuição subsidiária – a partir do novo Programa de Proteção Integrada de Fronteiras.

Outrossim, as discussões envolveram desde as práticas desenvolvidas no seio de um direito penal de ordem tradicional/individualista, até aquelas relativas à lida com os novos bens jurídicos de ordem transindividual, a exemplo do meio ambiente, para o que apresentadas foram algumas transformações dogmáticas capazes de dotar o direito penal de

empoderamento com vistas à realização de uma mais efetiva tutela do novel bem jurídico penal ameaçado ou agredido.

Nesse bloco, cumpre destacar o texto de autoria de Linia Dayana Lopes Machado e Viviane Aprigio Prado e Silva, o qual, sob o título "Tutela ambiental na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: a necessidade de uma teoria da decisão judicial", empreendeu uma discussão sobre os desafios colocados pelo Direito Ambiental ao Poder Judiciário, considerando a existência do que pode ser considerado como lacunas legislativas no que diz respeito às práticas lesivas ao meio ambiente.

Também sobre o tema da tutela penal do meio ambiente, o artigo de Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro e Aflaton Castanheira Maluf analisou a evolução da legislação ambiental no Brasil, especialmente a legislação penal, com foco na questão penal ambiental atual e futura, com ênfase no PLS 236/2012, em texto intitulado "O Direito Penal ambiental no PLS 236/2012 – Novo Código Penal."

De resto, verá o leitor que os textos também envolveram discussões concernentes ao processo de expansão do Direito Penal e da flexibilização de garantias na seara processual penal, demonstrando a necessidade de uma leitura transdisciplinar das Ciências Criminais. Essa preocupação assume centralidade no artigo de Daniel Angeli de Almeida, o qual, sob o título "A instauração de um novo paradigma do direito penal ante o advento da sociedade de risco: um necessário reexame da teoria do bem jurídico", discute a entrada na era pós-industrial, a qual impõe mudanças em diversas áreas do conhecimento, sobretudo no Direito Penal, que se vê obrigado a rever seus princípios clássicos, a abandonar velhas verdades e adaptar-se para responder aos novos desafios da sociedade de risco.

Por sua vez, o artigo "O transtorno punitivo compulsivo e a banalização da cautelaridade processual", escrito por Jéssica de Souza Antonio e Ana Paula Motta Costa, propõe uma reflexão crítica acerca da prática encarceradora cautelar que vem acometendo o Processo Penal, contrastando-a com uma racionalidade punitiva dentro do processo penal democrático.

No mesmo sentido, o artigo "Denunciação criminosa contra inimputáveis: senso ou contrassenso?", de Sebastian Borges de Albuquerque Mello e Rafaela De Oliveira Alban, examina o crime de denunciação caluniosa, com a finalidade de verificar a possibilidade ou não do inimputável ser vítima dessa modalidade delitiva em face da previsão da elementar típica de imputação de "crime".

Essa discussão – acerca do expansionismo penal e suas consequências – também permeia o artigo de Leonardo Pozzi Loverso e Greice Patricia Fuller, o qual aborda a possibilidade do acesso de dados em smartphones do investigado, o que tem se revelado controverso quando diretamente realizado pela polícia, a partir das recentes decisões proferidas pelo STJ e STF sobre o assunto. Trata-se do texto intitulado "Acesso de dados pessoais pela polícia em smartphones de suspeitos na investigação criminal".

As novas tecnologias também ocupam espaço central no artigo "A tecnologia a serviço da criminalidade: meios de combate à lavagem de dinheiro em criptomoedas", de Hamilton Calazans Câmara Neto e Romulo Rhemo Palitot Braga, que realiza uma ordem cronológica de criação e posterior valorização das criptmoedas, associando-se à análise da efetivação do crime de lavagem de dinheiro e sua respectiva Lei 9.613/98 e 12.683/2012.

A preocupação com o direito penal em face das novas tecnologias também está presente no artigo "Os aspectos penais da exposição pornográfica não consentida na internet", no qual Osmar Fernando Gonçalves Barreto e Wagner Seian Hanashiro salientam que a exposição pornográfica não consentida na internet é uma violação e traz suas repercussões na esfera criminal, de maneira a ser enquadrada nas condutas já tipificadas no Código Penal, porém como um desdobramento da violência sexual, mas neste caso praticada no ambiente virtual, e, portanto, denominada como: estupro virtual.

O tema das garantias processuais e suas relativizações também ocupa espaço central no texto "A condução coercitiva da testemunha no processo penal e as garantias constitucionais", escrito por Tatiane Gonçalves Mendes Faria e Maria Laura Vargas Cabral, e que investiga a condução coercitiva de testemunhas no processo penal e seus direitos fundamentais, principalmente o direito à locomoção e ao silêncio, a partir do entendimento exarado no julgamento da ADPF 395.

A preocupação com a temática das garantias e sua vulneração contemporânea também se evidencia no artigo "Conflitos entre o Direito Penal moderno e o garantismo à luz constituição federal de 1988", de Jussara Maria Moreno Jacintho e Jorge Flávio Santana Cruz, que aborda as constantes reformas legislativas no âmbito penal e processual penal, que acabam interferindo nos direitos e garantias fundamentais, na medida em que suprimem ou reduzem as garantias por não respeitarem os limites impostos pelo legislador constituinte originário.

Esta temática também serve de fio condutor do artigo de Henrique Gaspar Mello de Mendonça e Carlos Alberto Menezes. Sob o título "A trajetória do Direito Penal:

Modernidade; Garantismo e Constituição", os autores relacionam a modernidade, o garantismo e a Constituição, a fim de detectar uma normatividade e meios efetivos para evitar arbítrios do Estado na sua missão de proporcionar segurança à coletividade.

Em face do contexto exapansionista delineado, alternativas são apresentadas. Nesse sentido, Marilande Fátima Manfrin Leida, no texto intitulado "Justiça Restaurativa e Justiça Retributiva: diferentes métodos à administração de conflitos e violência", apresenta as diferenças entre a justiça restaurativa e a justiça retributiva na resolução de conflitos criminais, evidenciando a preponderância do sistema de justiça penal retributivo, cada vez mais punitivista e inquisitorial, imposto por um terceiro alheio ao fato, que define a residualidade da competência da justiça restaurativa.

Por fim, o texto de Valdir Florisbal Jung, intitulado "Tribunal do Júri: a influência do perfil do réu e da vítima nas decisões do conselho de sentença", volta-se para o tema da influência do perfil do réu e da vítima nas decisões no Tribunal do Júri, salientando o quanto informações extraprocessuais, como a conduta e os antecedentes do réu e da vítima, influenciam suas decisões.

Enfim, diante de um cenário nacional de grande turbulência política e econômica e diante de práticas justificadas pelo neoconstitucionalismo e que ganham, com grandes efeitos colaterais, dimensões populistas em face das decisões proferidas por tribunais superiores em assuntos de extrema relevância no dia a dia das pessoas, os textos ora apresentados contribuem, de alguma forma, para iluminar o paradigma crítico do atual momento.

Boa leitura a todos, é o que desejam os apresentadores!

Porto Alegre, novembro de 2018.

Profa. Dra. Miguel Tedesco Wedy – UNISINOS

Prof. Dr. Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth – UNIJUÍ

Prof. Dr. Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro – ESDHC

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.

A CONDUÇÃO COERCITIVA DA TESTEMUNHA NO PROCESSO PENAL E AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS.

THE BENCH WARRANT OF THE WITNESS UM THE CRIMINAL PROCESS AND THE CONSTITUTIONAL GUARANTEES

Tatiane Gonçalves Mendes Faria
Maria Laura Vargas Cabral

Resumo

Esta pesquisa investiga a condução coercitiva de testemunhas no processo penal e seus direitos fundamentais, principalmente o direito à locomoção e ao silêncio. O julgamento da ADPF 395 trouxe a lume uma importante discussão acerca do direito de não ter restringida a locomoção, bem como o próprio direito de permanecer calado. A pesquisa proposta é bibliográfica, com revisão da legislação, doutrina e o julgamento da ADPF 3395. Sob o ângulo constitucional do Estado Democrático de Direito, as conclusões apontam para a inconstitucionalidade da medida revelando-se a não receptividade do artigo 218 do Código de Processo Penal

Palavras-chave: Testemunha, Condução coercitiva, Direito de locomoção, Direito ao silêncio

Abstract/Resumen/Résumé

This research investigates the bench warrant of witnesses in the criminal process and their fundamental rights, especially the rights to locomotion and silence. The judgment of ADPF 395 brought to light an important discussion about the right of not having the locomotion restricted, as well as the right to remain silent. The proposed research is bibliographical, with a review of the legislation, doctrine and the judgment of ADPF 3395. Under the constitutional angle of the Democratic State of Law, conclusions point to the unconstitutionality of the measure, revealing the non receptivity of article 218 of the Code of Criminal Procedure

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Witness, Bench warrant, Right of locomotion, Right to silence

INTRODUÇÃO

Sabe-se que o processo penal autoriza a condução coercitiva do investigado, do acusado, da testemunha e até mesmo da vítima. A utilização da testemunha como meio de prova é corriqueira. E não raro, a ausência à audiência designada acaba sendo determinante para a condução coercitiva das testemunhas, que são obrigadas a prestarem depoimento.

A condução coercitiva é medida imposta as testemunhas que deixam de comparecer a audiência de instrução e julgamento, encontrando guarida no artigo 218 do CPP.

Porém, o Estado Democrático de Direito pressupõe que as pessoas têm direito à livre expressão, mas também ao silêncio, além de terem a garantia de que não sofrerão restrição no seu direito de locomoção.

O Código de Processo Penal impôs a testemunha o dever de depor, ao estabelecer em seu artigo 206 que: "A testemunha não poderá eximir-se da obrigação de depor", inclusive, sob pena de condução coercitiva (art. 218 CPP).

Por estes motivos é preciso averiguar se os artigos 206[1] e 218[2] do CPP foram recepcionados pela Constituição, eis que a condução coercitiva restringe o direito de locomoção, ainda que por curto lapso temporal, além de indicar uma violação ao direito de permanecer calado.

O intuito da previsão de condução coercitiva da testemunha é fazer com que a verdade se apresente no processo, possibilitando ao juízo a valoração das provas e a aplicação do direito.

O problema que se apresenta não é de difícil compreensão, a testemunha como ser humano que é, dotada de sentidos e emoções, expressa suas manifestações, o que pode acabar influenciando na construção da verdade. E, muito além, a testemunha se vincula de maneira obrigatória ao processo, por meio da exigência de falar sobre os fatos, não lhe sendo permitido calar-se, salvo as exceções previstas no Código de Processo Penal.

Por muito tempo, no processo penal, imperou a busca da verdade real, situação que em tese sustenta a teoria daqueles que acreditam que o juiz pode buscar e realizar meios e medidas que importem na solução do litígio. Todavia, para a atuação do Julgador também há

---

[1] **Art. 206.** A testemunha não poderá eximir-se da obrigação de depor. Poderão, entretanto, recusar-se a fazê-lo o ascendente ou descendente, o afim em linha reta, o cônjuge, ainda que desquitado, o irmão e o pai, a mãe, ou o filho adotivo do acusado, salvo quando não for possível, por outro modo, obter-se ou integrar-se a prova do fato e de suas circunstâncias.

[2] **Art. 218.** Se, regularmente intimada, a testemunha deixar de comparecer sem motivo justificado, o juiz poderá requisitar à autoridade policial a sua apresentação ou determinar seja conduzida por oficial de justiça, que poderá solicitar o auxílio da força pública.

limites e, as decisões judiciais devem se ater ao que se apresenta no processo e, tão somente nele. Assim, o conceito de verdade no processo adquiriu outras formas.

A verdade, muito mais do que uma questão processual, é inerente aos atos da vida do ser humano, já que desde crianças somos instigados a buscar, e a dizê-la.

Assim, esta pesquisa buscou conceituar a verdade; analisar os direitos e garantias constitucionais das testemunhas, em razão da possibilidade de condução coercitiva e, ainda, fazer um paralelo no que diz respeito à própria busca da verdade em face da imposição da expressão e da condução coercitiva.

O primeiro capítulo tratará do conceito de verdade e a sua íntima ligação com os sentidos e as percepções do ser humano, interlocutor da verdade.

No segundo momento analisar-se-á as garantias constitucionais da testemunha, para ao final traçarmos um paralelo entre a condução coercitiva e a obtenção da verdade real que se busca no processo penal, já que a condução da testemunha tem como finalidade o esclarecimento dos fatos.

Por meio de pesquisas documentais e bibliográficas a preocupação foi apresentar uma reflexão acerca dos direitos das testemunhas, traçando um paralelo com o julgamento da ADPF 395, cuja decisão revelou a inconstitucionalidade da condução coercitiva do acusado/investigado.

2 - A QUESTÃO DA VERDADE

A verdade, muito mais do que uma questão processual, é inerente aos atos da vida do ser humano, desde crianças somos instigados a buscar e a dizer a verdade. Conhecê-la sempre foi indispensável para o processo, já que a partir da reconstrução de um fato ocorrido é que se busca a aplicação do direito. E por muito tempo aprendemos que o direito penal busca a verdade real, enquanto que no direito civil a verdade é formal. Enquanto a primeira busca demonstrar o que ocorreu no mundo sensível, a segunda é a verdade verificada nos autos, no processo. Conceituá-la não é tarefa das mais simples, principalmente porque não há um consenso entre os estudiosos, principalmente no ramo da filosofia.

2.1 – O conceito de verdade

A contribuição filosófica e doutrinária para a definição da verdade foi e é altamente explorada, muito embora não se tenha chegado a um consenso, até o momento.

A indagação sobre o conceito de verdade passa até mesmo pelo cristianismo, a Bíblia relata a indagação de Pilatos a Jesus Cristo, quando aquele o interpela acerca do que vem a ser a verdade[3]. Não se conheceu do ponto de vista religioso, nenhuma definição acerca deste conceito.

Marilena Chaui (1997, p.99) definiu a verdade do ponto de vista etimológico, partindo do conceito grego de *aletheia*, aquele que não é oculto, e caminhando para o conceito em latim, *veritas*,se referindo ao que é exato, aquilo que traz detalhes do que ocorreu. Buscou ainda, o conceito em hebraico, onde a verdade se relaciona com a palavra *imunah*, cujo significado revela confiança. Assim, sob esse aspecto, defende que a verdade está atrelada à fidelidade do ocorrido, através da memória do interlocutor.

Diversos filósofos definiram a verdade, embora não se tenha chegado a um consenso. Segundo Gianni Vattimo, Platão foi o pioneiro:

> "Primeiro, com Platão, a verdade das coisas é posta nas ideias: ou seja, naquelas essências transcendentais que se colocam como modelos imutáveis das várias realidades e que garantem a própria possibilidade de falar sensatamente." (VATTIMO, p. 21)

Já o filósofo Nietzsche, defendeu:

> O que é pois a verdade? Um exército móvel de metáforas, metonímias, antropomorfismos, numa palavra, uma soma de relações humanas que foram realçadas poética e retoricamente, transpostas e adornadas, e que, após uma longa utilização, parecem a um povo consolidadas, canônicas e obrigatórias: as verdades são ilusões das quais se esqueceu que elas assim o são, metáforas que se tornaram desgastadas e sem força sensível. (NIETZSCHE, 2007, p. 36-37)

Não é fácil compreender a verdade sem o olhar e a intervenção humana, eis que ela é sentida. A jurisprudência se filia a corrente de busca de uma verdade real, todavia, parece mais adequada a compreensão de que a verdade real é de fato uma utopia.

A verdade seja ela formal ou material nem sempre traduz a realidade dos acontecimentos, fato muito comum no direito, principalmente quando se depende da prova testemunhal. Para Marco Antônio de Barros (2010, p.26): "Cada pessoa pensa, reflete, tira suas conclusões sobre o meio externo e gera a verdade de tal modo que julga ser a real".

---

3 - João 18, 37 - "Então, você é rei!", disse Pilatos.Jesus respondeu: "Tu dizes que sou rei. De fato, por esta razão nasci e para isto vim ao mundo: para testemunhar da verdade. Todos os que são da verdade me ouvem". 38 - "Que é a verdade?", perguntou Pilatos. Ele disse isso e saiu novamente para onde estavam os judeus, e disse: "Não acho nele motivo algum de acusação.

Caminha bem a ideia de FERRAJOLI (2002) que defende a inexistência de uma verdade objetiva, um ideal que certamente não se alcançara. Para ele a verdade pode ser sempre superada. Não parece razoável, portanto, que seja realizada distinção entre verdade real e verdade material já que ambas podem não refletir os acontecimentos reais. O envolvimento e o sentimento do interlocutor podem contaminar e dissociar a realidade fática.

Se a pretensão da prova é a reconstrução da verdade, não há como negar que: "o juiz não julga o fato propriamente dito, julga uma versão que é dada a ele dos acontecimentos" (COSTA, 2003).

E justamente nesse ponto é que se revela a fragilidade da prova testemunhal. Segundo Ricardo Levene (1962, p.7): "*La psicologia del testimonio es uma rama de la psicologia que tiende a demonstrar cuáles y cuán graves son los peligros de la prueba por testigos*"[4].

Se a versão dada pela testemunha, acerca dos fatos, pode sofrer voluntaria ou involuntariamente a influência dos seus sentidos, não se revela razoável que ela tenha restrições de direitos para em pouco ou nada contribuir. José Carlos G. Xavier de Aquino sustenta:

> "Registre-se que é próprio do ser humano, nos conflitos de interesses que a vida cotidiana proporciona, como diz o ditado pular "puxar sardinha para o seu lado" de molde a tentar demonstrar, quando for o caso, ao julgador, a reconstrução do fato pretérito, objeto do litigio, que lhe for mais favorável, daí porque por esse canal, nem sempre a verdade será alcançável" (2010, p. 27)

A partir dos estudos sobre a verdade, a doutrina a classificou como real e material, porém, estes conceitos tem sido alvo de inúmeras críticas, além de estar perdendo força, justamente pela forte presença do emocional no campo dos fatos, o sentido pelo interlocutor acaba colocando em risco o próprio conceito da verdade. Para Aquino, certas influencias sentidas pela testemunha, influenciam diretamente no resultado que se pretende:

> "Assim, seja por qualquer tipo de deficiência, estranha ou inerente a ela, pode a testemunha não captar os fatos na exata conformidade como eles se desenrolaram, ainda, que seu intuito seja transmitir os fatos de relevância jurídica ao destinatário da prova, na sua totalidade, de sorte a procurar, nessa operação, assemelhar o seu conhecimento ao *themaprobandum*, prejudicando, assim, a analise correta da prova e obstaculizando a aplicação do justo concreto (2010, p. 29)"

[4]Tradução livre – A psicologia da testemunha é um ramo da psicologia que tende a demonstrar quais e quão grave são os perigos da prova testemunhal.

Diversos doutrinadores têm sustentado uma verdade judicial ou processual, afirmando ser inatingível a verdade, Este grupo defende que a verdade é o resultado do que se verifica no processo, por meio de atitudes e buscas processualmente válidas.

Fato é, que embora não haja um consenso acerca do que vem a ser a verdade, todos os pensadores partem do pressuposto que a verdade é uma forma de se afastar do estado de insegurança, trazendo conceitos possíveis de sustentar um conhecimento, advindo daí a sua importância para o processo judicial.

2.2 – Da verdade real e da verdade processual

Não pairam dúvidas de que a verdade é de extrema importância para o processo, já que ela é a reconstrução do que ocorreu, a fim de possibilitar a aplicação do direito. Não é por menos, que a instrução processual inclui o acolhimento das provas, sendo a fase de conhecimento, momento que se conhece dos fatos, da verdade e da própria concepção do juiz acerca do que se produziu, como resultado final da apreciação da verdade. E é justamente neste aspecto que esbarramos no conceito de verdade.

O pensamento ideológico de que o processo penal busca a verdade real (material ou substancial), e que o processo civil se contenta com a verdade formal, não se sustenta, atualmente. Diversas são as críticas sendo a primeira delas, o fato de que o processo civil também tutela direitos fundamentais, não havendo particularidades no processo penal, que autorize essa divisão. Não obstante, o processo penal também não é capaz de refletir a verdade real, eis que como visto anteriormente, a verdade envolve sentidos do interlocutor. Além disso, partindo-se do conceito de verdade como a tradução real dos acontecimentos, não há justificativa para uma divisão em real e formal, visto que a verdade não pode comportar meias verdades, meias mentiras. Verdade deve ter um conceito único.

Para Aury Lopes Júnior a verdade real não passa de um mito:

> O mito da verdade real está intimamente relacionado com a estrutura do sistema inquisitório; com o interesse público (cláusula geral que serviu de argumento para as maiores atrocidades); com sistemas políticos autoritários; com a busca de uma verdade a qualquer custo (chegando a legitimar a tortura em determinados momentos históricos); E com a figura do juiz-ator (inquisitor). (2014. p. 619)

Se houve uma vantagem para esta dicotomia, esta residiu no fato de que no processo civil, mesmo quando nebulosa a prova produzida, é preciso que o juiz acate o conjunto probatório para a condenação ou não, situação que se revela oposto na seara penal, eis que o

juiz deve absolver o réu ante a fragilidade da prova ou fundada dúvida sobre ela[5], particularidade do processo penal que privilegia um dos mais importantes direitos, o da liberdade.

Para o processo penal a liberdade é uma garantia constitucional de extrema relevância, não menos importante são as garantias constitucionais tuteladas pelo processo civil, a exemplo o direito de família. As decisões judiciais tanto no campo civil quanto no penal devem buscar a satisfação jurisdicional da melhor maneira possível e dentro dos limites estabelecidos pela legislação

Feitas estas considerações, surge um novo conceito para a verdade no processo. Segundo Humberto Theodoro Jr. (2003), a busca da verdade real nem sempre é alcançada, o que se verifica na maioria das vezes é uma verdade que as partes conseguem trazer para o processo, cuja importância é a fixação da coisa julgada, fixando, assim, a certeza judicial, ou seja, uma verdade legal que o direito pretende que seja respeitada.

Se há limites ao julgador, já que ele deve decidir com base no que restou produzido nos autos de um processo judicial, a verdade pode estar oculta. Ante a necessidade de se conhecer os fatos para aplicar o direito, os envolvidos no processo judicial, acabam por adotar como verdade, o que ficou demonstrado por meio das provas. Valiosa contribuição é o pensamento de Ferrajoli:

> A "verdade" de uma teoria cientifica e, geralmente, de qualquer argumentação ou proposição empírica é sempre, em suma, uma verdade não definitiva, mas contingente, não absoluta, mas relativa ao estado dos conhecimentos e experiência levados a cabo na ordem das coisas de que se fala, de modo que, sempre, quando se afirma a "verdade" de uma ou mais proposições, a única coisa que se diz é que estas são (plausivelmente) verdadeiras pelo que sabemos sobre elas, ou seja, em relação ao conjunto dos conhecimentos confirmados que delas possuímos. (2002, p. 42)

Parece, pois, adequada a construção de uma verdade processual, aquela que nos remete a reconstrução de um fato, sobre o crivo do contraditório e da ampla defesa e, ainda observando os limites impostos pela legislação. Importante lembrar, que já não nos

---

5 **Art. 386. O** juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça:
I - estar provada a inexistência do fato;
II - não haver prova da existência do fato;
III - não constituir o fato infração penal;
IV - estar provado que o réu não concorreu para a infração penal; (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)
V - não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal; (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)
VI - existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena (arts. 20, 21, 22, 23, 26 e § 1o do art. 28, todos do Código Penal), ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência; (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)
VII - não existir prova suficiente para a condenação. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)

vinculamos mais a ideia de verdade a qualquer custo, momento histórico que ceifou inúmeras vidas e constituiu mentiras processuais, ante as barbaridades que se aceitavam, como justificativa de reconstrução de um fato. Para Aury Lopes Jr. (2014, p.579): "Esse processo, que não conhecia a ideia de limites – admitindo inclusive a tortura -, levou mais gente a confessar não só delitos não cometidos, mas também alguns impossíveis de serem realizados".

Entender que a testemunha é a porta da verdade não se revela razoável. Para Eugênio Pacelli de Oliveira:

> Em primeiro lugar, é de se observar que a única verdade absoluta que se pode compreender é a verdade da fé, que nada indaga acerca de seus pressupostos. A verdade do homem, ou a verdade da razão, é sempre relativa, dependente do sujeito que a estiver afirmando. A verdade da razão é apenas uma representação que o homem tem e faz da realidade que aprende diuturnamente. (2011, p. 416)

Por isso, é importante analisar a condução coercitiva pela ótica do garantismo idealizado por Ferrajoli (2002). Tal sistema buscaria o equilíbrio ideal entre a limitação estatal frente à liberdade individual, sem que isso provocasse uma ineficiência que acabe gerando a impunidade de delitos.

3 - A PROVA TESTEMUNHAL, DIREITOS E GARANTIAS.

Sabe-se que a testemunha é um dos meios de prova mais utilizados no processo penal e nas demais esferas. Esta prova também tem por finalidade a reconstrução dos fatos e a busca da verdade, possibilitando ao julgador a aplicação do direito. Lado outro, a testemunha também é detentora de direitos constitucionais, sendo o direito ao silêncio e a não restrição da locomoção, os mais importantes.

3.1 – Direito ao silêncio

Antes de adentrarmos a questão propriamente dita, é preciso estabelecer que o Código de Processo Penal, remonta a década de 40, legislação que se firmou sob a égide da Constituição de 1937. Todavia, é preciso revisitar esta norma legal, a luz da Constituição Federal de 1988, na qual diversas garantias foram asseguradas ao cidadão, principalmente o direito ao silêncio e também de locomoção. Na promulgação do Código de Processo Penal, vigia uma Constituição que enaltecia o fortalecimento do Estado, que cada vez mais se fortalecia, em detrimento das garantias individuais.

Importante salientar que a Constituição Federal de 1988 trata do ser humano, do cidadão, como destinatário de direitos e garantias. E justamente partindo deste ponto é que devemos analisar a receptividade dos artigos 206 e 218 do CPP, pós Constituição de 1988.

Nas palavras de José Emílio Medauar:

> Com o surgimento da Constituição Brasileira de 1988, todas as normas infraconstitucionais anteriores foram revogadas, sendo recepcionadas, ou seja, recebidas pelo novo ordenamento jurídico instituído pela Constituição de 1988, aquelas normas que não conflitassem com o Documento Constitucional novo (2018, p. 67-68).

É preciso, pois, averiguar se os artigos 206 e 218 do Código de Processo Penal estão em consonância com a Constituição Federal, que assegura ao cidadão, ainda que de maneira implícita o direito ao silêncio e também o direito da não privação de sua locomoção.

Diversos podem ser os motivos que fazem com que a testemunha se ausente ao chamado judicial: impossibilidade física, psíquica; o próprio medo de se envolver em determinadas questões, enfim, qualquer situação que se justifique ou não, pode levar o juízo a determinar a sua condução coercitiva.

Eis aqui o ponto alto da questão. O artigo 206 do CPP estabeleceu que a testemunha não poderá se eximir do dever de depor. Ora, ter presenciado determinado fato não pode desaguar na obrigatoriedade da testemunha depor.

Assistiu-se, recentemente, por meio da decisão da ADPF 395[6] a declaração de inconstitucionalidade do art. 260 do CPP[7]. O Supremo Tribunal Federal decidiu que a condução coercitiva do acusado, para interrogatório é inconstitucional.

Dentre os fundamentos que embasaram a decisão está a restrição de liberdade de locomoção, além da não violação do princípio da presunção de não culpabilidade e autoincriminação.

---

[6]ADP395 - Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, julgou procedente a arguição de descumprimento de preceito fundamental, para pronunciar a não recepção da expressão "para o interrogatório", constante do art. 260 do CPP, e declarar a incompatibilidade com a Constituição Federal da condução coercitiva de investigados ou de réus para interrogatório, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de ilicitude das provas obtidas, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado. O Tribunal destacou, ainda, que esta decisão não desconstitui interrogatórios realizados até a data do presente julgamento, mesmo que os interrogados tenham sido coercitivamente conduzidos para tal ato. Vencidos, parcialmente, o Ministro Alexandre de Moraes, nos termos de seu voto, o Ministro Edson Fachin, nos termos de seu voto, no que foi acompanhado pelos Ministros Roberto Barroso, Luiz Fux e Cármen Lúcia (Presidente). Plenário, 14.6.2018.

[7]**Art. 260.** Se o acusado não atender à intimação para o interrogatório, reconhecimento ou qualquer outro ato que, sem ele, não possa ser realizado, a autoridade poderá mandar conduzi-lo à sua presença.
Parágrafo único. O mandado conterá, além da ordem de condução, os requisitos mencionados no art. 352, no que Ihe for aplicável.

O voto do Ministro Dias Toffoli (2018) que acompanhou o relator foi no sentido de que o Supremo Tribunal Federal deve: "zelar pela estrita observância dos limites legais para a imposição da condução coercitiva, sem dar margem para que se adotem interpretações criativas que atentem contra o direito fundamental de ir e vir, a garantia do contraditório e da ampla defesa e a garantia da não autoincriminação".

A traçar um paralelo com o que se apresentou no referido julgamento, temos que a condução coercitiva é um meio de restrição do direito de ir e vir e muito além, viola o direito ao silêncio, podendo desaguar, inclusive, em uma autoincriminação. Logo, não se revela razoável, que a testemunha seja privada deste direito, em razão de ter sido arrolada como testemunha.

A possibilidade de autoincriminação não se restringe ao acusado, ao revés em determinadas situações o próprio dever da testemunha de dizer a verdade, poderá imputar-lhe no futuro uma persecução penal. Assim, se sujeitando a esta hipótese, revela-se, inconstitucional, a exigência de falar sobre fatos que conhece, eis que poderá se sujeitar a incriminações futuras. Silvio Carlos Alvarez (2013) ao tratar da garantia do silêncio do preso, asseverou:

> Deve a expressão "preso", representar o direito ao silêncio de todos aqueles acusados ou futuros acusados que possam, eventualmente, ser processados ou punidos em virtude de suas próprias declarações, neste caso, portanto, a testemunha também poderá silenciar, utilizando-se do dogma constitucional.

E as limitações impostas pelo Código de Processo Penal em relação aos direitos constitucionais da testemunha, vão além. Ao definir que a testemunha não pode se eximir de depor, lhe retira, também, o direito ao silêncio ou de permanecer calada.

Se a condução coercitiva é considerada como uma espécie de "prisão"[8] , o direito de calar-se se aplica-se à testemunha, também. È que prevê o artigo 5º, LXIII da CF/88: "**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". Por óbvio, nesta condição, o direito de calar-se a ela se estende.

O Supremo Tribunal Federal tem caminhado bem nesse sentido, eis que tem estendido o direito ao silêncio à testemunha[9]. Todavia, reconhece o direito ao silêncio, apenas, quando o depoimento implicar na possibilidade de autoincriminação.

---

[8] Espécie de prisão, porque enquanto durar a condução coercitiva e, enquanto a testemunha se encontrar a disposição do juízo, esta tem tolhido seus direitos de ir e vir e se encontra sob a custódia do Estado.

[9]**Direito ao Silêncio e Testemunha**

Desta forma, por mais que o Supremo Tribunal Federal tenha cumprido um papel importante de tutelar o direito ao silêncio da testemunha, suas decisões tem se limitado àquelas situações em que existe o risco de uma futura autoincriminação.

Porém, não se pode olvidar que o Estado ainda está longe de conseguir proteger a vida das testemunhas, que muitas vezes, se expõem em situações de extremo risco a sua própria integridade física.

Diante disso, o direito ao silêncio deve ser resguardado porque muito mais do que uma preocupação com o processo a nossa Constituição se voltou para as garantias do cidadão.

O Brasil como signatário do Pacto de São José da Costa Rica, deve observar o art. 8º, item "2", letra "g:

> 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;

Todavia, o que se verifica no processo penal brasileiro, é que o direito ao silêncio da testemunha acaba sendo tipificado como crime de falso testemunho[10]. Patente, pois, que se apresenta uma violação ao Pacto de São José da Costa Rica, eis que não se observa o direito da pessoa (testemunha) de permanecer calada.

Se o artigo 5º, LXIII[11] da Constituição estabelece o direito do preso em permanecer calado, portanto mantendo o silêncio sem qualquer prejuízo, por igual razão a testemunha deve se beneficiar do mesmo direito, que por ocasião da sua condução também se encontra presa.

Se o acusado possui o direito de permanecer calado, não há motivos para determinar que a testemunha seja obrigada a se manifestar sobre acontecimentos que porventura tenha

---

A condição de testemunha não afasta a garantia constitucional do direito ao silêncio (CF, art. 5º, 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"). Com esse entendimento, o Tribunal, confirmando a liminar concedida, deferiu habeas corpus para assegurar ao paciente - inicialmente convocado à CPI do Narcotráfico como indiciado -, na eventualidade de retornar à CPI para prestar depoimento, ainda que na condição de testemunha, o direito de recusar-se a responder perguntas quando impliquem a possibilidade de auto-incriminação.HC 79.589-DF, rel. Min. Octavio Gallotti, 5.4.2000 – Informativo 184

[10] **Art. 342.** Fazer afirmação falsa, ou negar ou calar a verdade como testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete em processo judicial, ou administrativo, inquérito policial, ou em juízo arbitral: (Redação dada pela Lei nº 10.268, de 28.8.2001)

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

presenciado. Desta forma, por qualquer ângulo que se analise a questão, os artigos 206 e 218 do CPP são inconstitucionais.

3.2 – Do direito de ir e vir - locomoção.

A condução coercitiva é herança do Código de Processo Penal de Primeira Instância do Império de 1832, denominada na ocasião de condução debaixo de vara.[12]

É inegável que a condução coercitiva é um meio de supressão da liberdade, eis que a testemunha fica impedida de ir e vir, permanecendo à disposição do juiz.

Novamente em razão de outro direito constitucional, art. 5º, XV[13], da CF/88 que garante o direito de ir e vir, é que se percebe a inconstitucionalidade da condução coercitiva. Ora, se não há razão para restringir o direito de ir e vir do investigado, sendo, aliás, inconstitucional, não há fundamento justificável para proceder com a restrição deste direito à testemunha que, via de regra, presta um serviço para o Poder Judiciário.

Para alguns juristas a condução coercitiva é considerada como uma prisão cautelar, de curta duração. Fato é que independente da natureza de sua classificação, esta autorização de tolhimento da liberdade afronta direito constitucional.

A liberdade humana não constitui nem se qualifica como simples concessão do Estado. Se o investigado possui algumas garantias, dentre elas o direito de locomoção e o de silêncio, por óbvio sua extensão deve abranger as testemunhas.

O direito de ir e vir está intimamente ligado com o conceito de liberdade. No julgamento da ADPF 395, esta foi uma invocação permanente no voto do Ministro Celso de Mello:

> A tutela da liberdade, nesse contexto, representa insuperável limitação constitucional ao poder persecutório do Estado, mesmo porque – ninguém o ignora – o processo penal qualifica-se como instrumento de salvaguarda dos direitos e garantias fundamentais daquele que é submetido, por iniciativa do Estado, a atos de persecução penal cuja prática somente se legitima dentro de um círculo intransponível e predeterminado pelas restrições fixadas pela própria Constituição da República.

[12]LEI DE 29 DE NOVEMBRO DE 1832. - Art. 95. As testemunhas, que não comparecerem sem motivo justificado, tendo sido citadas, serão conduzidas debaixo de vara, e soffrerão a pena de desobediencia.

[13] Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XV - e livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens;

A partir da tutela de garantia aos direitos fundamentais, por maior razão incidem limitações as testemunhas. Aquele que é chamado a contribuir com a Justiça não pode sofrer punições superiores ao do próprio investigado.

A admitirmos a validade dos artigos 206 e 218 do CPP, admite-se uma desproporcionalidade entre o investigado e a testemunha, que em tese não está sob investigação. Suas punições são superiores ao do investigado, eis que além de ser obrigada a depor, pode ser conduzida coercitivamente e, ainda, se sujeita a responder pelo crime de desobediência[14], se deixa de comparecer quando chamado, e falso testemunho, se resolve permanecer calado. Nesse caminhar, há uma punição exagerada àquele que deveria contribuir com a Justiça.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Assistiu-se, recentemente, por meio da decisão da ADPF 395[15] que a condução coercitiva do acusado é inconstitucional. Não parece razoável, desta maneira, que a testemunha além de ser obrigada a depor, seja conduzida coercitivamente e, ainda, possa responder pelos crimes de desobediência e falso testemunho, quiçá poderá responder penalmente por outros crimes oriundos da sua autoincriminação.

Se o acusado possui o direito de permanecer calado, com maior razão a testemunha. Obrigar a testemunhar a dizer nos remonta ao processo penal inquisitório, incompatível, portanto, com o atual modelo de processo, que deve acima de tudo respeitar as garantias e direitos do individuo.

Se o direito ao silêncio e a locomoção são garantias constitucionais, certamente o Estado não poderá excepcionar este direito às testemunhas. Ainda que o STF tenha caminhado no sentido de garantir à testemunha o direito ao silêncio, é preciso avançar. O direito ao silêncio não pode se vincular, exclusivamente, a possibilidade de autoincriminação. Este direito revela, também, a liberdade do cidadão de querer dizer ou não, aquilo que eventualmente tenha presenciado.

---

[14] Art. 330 - Desobedecer a ordem legal de funcionário público:

[15] ADP395 - Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, julgou procedente a arguição dedescumprimento de preceito fundamental, para pronunciar a não recepção da expressão "para o interrogatório", constante do art. 260 do CPP, e declarar a incompatibilidade com a Constituição Federal da condução coercitiva de investigados ou de réus para interrogatório, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de ilicitude das provas obtidas, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado. O Tribunal destacou, ainda, que esta decisão não desconstitui interrogatórios realizados até a data do presente julgamento, mesmo que os interrogados tenham sido coercitivamente conduzidos para tal ato. Vencidos, parcialmente, o Ministro Alexandre de Moraes, nos termos de seu voto, o Ministro Edson Fachin, nos termos de seu voto, no que foi acompanhado pelos Ministros Roberto Barroso, Luiz Fux e Cármen Lúcia (Presidente). Plenário, 14.6.2018.

Certas ocasiões o direito de se silenciar não está vinculado a uma possível responsabilidade criminal, mas, está diretamente ligado à própria garantia de integridade física da testemunha. Frequentemente, pessoas que vivem em comunidades que não pertencem ao crime, são colocadas em risco de vida, não somente quem presencia, mas, também, a família, pelos simples fato de presenciarem crimes. Portanto, o direito ao silêncio deve ser resguardado, como direito constitucional que é, sem qualquer restrição ou particularidade.

A restrição de direitos não se justifica em hipótese alguma, mormente em situações que há dúvidas acerca da contribuição do depoimento da testemunha para o processo. Vale dizer, que se a contribuição da testemunha sequer pode alcançar o objetivo pretendido, eis que manifesto o sentimento da pessoa em relação aos acontecimentos, não é plausível que se fira direitos em hipóteses que não se sustentam constitucionalmente.

Assim, o julgamento da ADPF 395 deve ser extensivo às tratativas com as testemunhas, que certamente sofrem restrições em direitos constitucionais ao serem conduzidas coercitivamente e, ainda, ao serem obrigadas a dizer sobre o que presenciaram.

Os resquícios de um processo penal inquisitório devem ser afastados. Salutar, portanto, que sejam declarados inconstitucionais os artigos 206 e 218 do CPP, que acabam por ferir o direito de locomoção e o direito ao silêncio.

REFERÊNCIAS

ALVAREZ, Silvio Carlos in Do direito ao silêncio da testemunha no processo penal. In Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos, Bauru, v. 47 n. 59, p-186/228, jan/jun 2013.

AQUINO, José Carlos G. Xavier de. A prova testemunhal no processo penal brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1995

_____. Ensaio sobre o fato, a verdade e a certeza no processo penal. 2. Ed. – Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

BARROS, Marco Antonio de. A busca da verdade no processo penal. 3.ed.rev., atual e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. Senado Federal. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 05 de out. de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em:

20/06/2018.

BRASIL. **DECRETO-LEI Nº 2.848, DE 7 DE DEZEMBRO DE 1940.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 25.08.2018

BRASIL. **DECRETO-LEI Nº 3.689, DE 3 DE OUTUBRO DE 1941.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm. Acesso em: 25.08.2018

BRASIL. **LEI DE 29 DE NOVEMBRO DE 1832.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-29-11-1832.htm**.** Acesso em: 04.09.2018

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processos. <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4962368> – Acesso em 05.08.2018

BIBLIA SAGRADA. Disponível em: https://www.bibliaon.com/ . Acesso em: 05.08.2018.

CHAUÍ, Marilena de Sousa. Convite à filosofia. 6. ed. São Paulo: Ática, 1997.

COSTA, Fernando José da. O falso Testemunho. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2003.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão:* teoria do garantismo penal. 4. ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LEVENE, Ricardo. El delito de falso testimonio. 2ª Ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1962.

LOPES Jr., Aury. Direito Processual Penal. 11. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2014.

NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. Sobre verdade e mentira. Organizado e Traduzido por Fernando de Moraes Barros – São Paulo: Hedra, 2007

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. Curso de Processo Penal. 15,Ed., ver. e atual. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

OMMATI, José Emilio Medauar, Uma Teoria dos Direitos Fundamentais – 5ª . ed. : Rio de Janeiro. Editora Lumen Juris, 2018.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil – Rio de Janeiro: Forense, 2005.

VATTIMO, Gianni. Adeus à verdade. Tradução de João Batista Kreuch. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 2016.