

## A GARANTIA DA VEDAÇÃO A AUTOINCRIMINAÇÃO COMPULSÓRIA

*Sheila Mayra Lustoza de Souza Lovatti*

Mestranda do Curso de Pós Graduação *Stricto Sensu* da Universidade Estácio de Sá em Direito Público, linha de pesquisa Acesso à Justiça e Efetividade do Processo, pesquisadora com bolsa do CNPQ. Bacharela em direito pela Universidade Cândido Mendes (UCAM). Especializada em Direito Penal Econômico pela Fundação Getúlio Vargas. Pesquisadora do Grupo: As matrizes autoritárias do processo penal brasileiro: para além da influência do Código Rocco (1940). Instituição proponente: Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Advogada com atuação exclusiva na advocacia criminal desde 2005, inscrita na OAB/RJ sob o nº 137.692.

**Resumo:** O Direito Penal representa a mais violenta forma do poder estatal sobre a liberdade do indivíduo. Por esta razão sua aplicação somente se justifica quando demonstrada sua imperiosa necessidade. O Direito Processual Penal estrutura as regras para que esse exercício da violência estatal permita que o acusado confronte o poder do Estado no curso do processo. Este só atende a sua finalidade quando se apresenta como um procedimento justo e equitativo, protegendo amplamente os direitos do acusado. O objetivo deste artigo é analisar o avanço da jurisprudência acerca da garantia à vedação a autoincriminação compulsória no TEDH e no Brasil.

**Abstract:** Criminal law is the most violent form of state power over individual liberty. Therefore its application is justified only when demonstrated their urgent need. The Criminal Procedure Law rules that structure this exercise of state violence that allows the accused to confront the power of the state during the process. This only serves its purpose when it presents itself as a fair and equitable procedure, fully protecting the rights of the accused. The objective of this paper is to analyze the progress of jurisprudence about the security fence to compulsory self-incrimination before the TEDH and Brazil.

**Palavras-chave:** Processo Penal – Interrogatório – Direito ao Silêncio – TEDH – Brasil.

*“Arreentaram a porta. Derrubaram a porta.  
Chegaram ao lugar luminoso  
Onde a verdade esplendia seus fogos.  
Era dividida em metades  
Diferentes uma da outra.*

*Chegou-se a discutir qual a metade mais bela.  
Nenhuma das duas era totalmente bela  
E carecia optar. Cada um optou conforme  
Seu capricho, sua ilusão, sua miopia.”*

**(Carlos Drummond de Andrade)**

## **Introdução**

O Direito Penal representa a mais violenta forma do poder estatal sobre a liberdade individual e por esta razão sua aplicação somente se justifica quando demonstrada sua imperiosa necessidade. O Direito Processual Penal estrutura as regras para que esse exercício da violência estatal permita, de alguma maneira, que o acusado confronte o poder do Estado no curso do processo.

Mas o processo só atende a sua finalidade quando se reveste de um procedimento justo e equitativo, de forma a garantir amplamente os direitos do acusado. No processo penal esse procedimento deve se dirigir de forma que se assegure aos acusados *“o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”*<sup>1</sup>, consagrando o devido processo legal como norma fundamental de procedimento e garantia do *jus libertatis*.

A noção do direito de defesa, segundo L.G. Grandinetti Castanho de Carvalho<sup>2</sup>, pode ser extraída do significado de contraditório, comportando noções de alegação e demonstração. Ada Pellegrini Grinover<sup>3</sup> edifica a ampla defesa a um direito não só do acusado, mas como uma garantia deste de um lado e de um justo processo de outro.

O interrogatório do acusado, em juízo, constitui ato processual de grande importância, tanto que o Código de Processo Penal reserva um capítulo específico (capítulo III, artigos 185 a 196) para cuidar do tema, onde são traçadas regras detalhadas e bem definidas sobre as circunstâncias que o cercam.

---

<sup>1</sup>Art. 5º, LV, Constituição da República de 1988.

<sup>2</sup> CARVALHO, L.G. Grandinetti Castanho, *Processo Penal e Constituição*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 5ª. Ed, 2009. 146.

<sup>3</sup>GRINOVER, Ada Grinover, *As Garantias Constitucionais do Processo*, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, p. 08.

Desta forma, quando se examina a forma pela qual deve ser conduzido o interrogatório do réu, percebe-se a cautela que se buscou de forma a preservar a intangibilidade do acusado, para que se possa conferir ao argüido o tratamento adequado à pessoa humana.

Portanto, além dos direitos constitucionais garantidores da própria liberdade e da submissão do Estado às regras do devido processo legal (art. 5º, LIV, da CR) soma-se outro decorrente do princípio do *nemo tenetur se detegere* (ninguém é obrigado a se auto acusar), facultando-se ao preso o direito de permanecer calado (art. 5º, LXIII, da CR). Trata-se de uma garantia processual penal de assento constitucional.

Sobre esta última garantia, Marco Antônio de Barros<sup>4</sup> entende que o legislador constituinte disse menos do que queria, quando assegura somente ao preso o direito de permanecer em silêncio. Tanto que em 2003 alterou-se o art. 186 do CPP, donde atualmente se extrai que “*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*”, adequando-se ao texto constitucional.

Existe uma tendência de equiparação do princípio da não autoincriminação ao direito de silêncio, mas embora o *nemo tenetur se detegere* e a garantia ao silêncio serem institutos indissociáveis, o direito ao silêncio é apenas uma faceta daquele<sup>5</sup>.

Trata-se de direito que encontra respaldo legislativo e jurisprudencial, tanto no cenário interno quanto no internacional e que possui sua fonte de inspiração no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos (art. 14, III) e na Convenção Americana sobre os Direitos Humanos (art. 8º, § 2º, g) que resguardam o direito a toda pessoa acusada da prática de uma infração penal de não ser obrigada a depor contra si, nem declarar-se culpada.

No cenário supranacional, a ampla abrangência do significado desse preceito vem se solidificando, ainda que em alguns diplomas legais essa garantia não esteja expressamente prevista. Por exemplo, esse direito é reconhecido pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH) como parte de um bloco de garantias de direitos que fazem parte de um processo justo e equitativo, embora a Convenção Européia de Direitos Humanos (CEDH), de 1950, não tenha tratado taxativamente deste assunto.

---

<sup>4</sup>BARROS, Marco Antônio, *A Busca da Verdade no Processo Penal*, São Paulo: RT, 2002, p. 167.

<sup>5</sup>AMBOS, Kai, *Processo Penal Europeu*, Trad. Marcellus Polastri, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.53.

Ao contrário, na Ordenanza Procesal Penal Alemã, a teor do § 136, no processo penal ninguém será obrigado a incriminar-se e qualquer um tem direito discricionário a declarar ou não sua culpa. Tudo indica que há uma forte influência do Tribunal Alemão no avanço da jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos.

O objetivo do presente trabalho é demonstrar, em abordagem sintética, que não mais se exige, nas palavras de Castanheira Neves, o heroísmo de dizer a verdade auto incriminadora<sup>6</sup>.

## I – em busca da “verdade” perdida

O Processual Penal traz as regras para que o acusado contradite o poder punitivo estatal durante a instrução, desempenhando papel limitador deste poder e garantidor dos direitos do acusado. Não pode ser visto, portanto, como um método de se alcançar a verdade por meio da reconstrução dos fatos; o juiz deve julgar a partir de uma *interpretação* dos fatos, que são o objeto da prova.

Cumprе esclarecer que não é, nem poderia ser, o objetivo desta breve abordagem enfrentar as profundas concepções filosóficas que envolvem o mito da verdade no processo penal. De fato, no âmbito processual a possibilidade de se obter, por intermédio dos mecanismos probatórios, a *verdadeira* reconstrução dos fatos é missão inatingível.

A Teoria Garantista de Ferrajoli<sup>7</sup> desconsidera a possibilidade de se obter a verdade absoluta, pois a verdade possível no processo é a das teorias científicas e de qualquer argumentação empírica<sup>8</sup> e que “uma justiça penal integralmente *com verdade* constitui uma utopia, e uma justiça penal completamente *sem verdade* equivale a um sistema de arbitrariedade<sup>9</sup>.”

---

<sup>6</sup>CASTANHEIRA NEVES, A., *Sumários de Processo Penal*, 1968, in BARROS, Marco Antônio, *A Busca da Verdade no Processo Penal*, São Paulo: RT, 2002, p. 168.

<sup>7</sup> A teoria garantista de Ferrajoli estabelece três principais eixos: o primeiro é a análise do direito a partir de um enfoque filosófico, controlando e reduzindo o poder do Estado, no curso de um processo que visa retirar a presunção de inocência do acusado. O segundo plano, o político, voltado para a justificativa ética e política da necessidade da intervenção do Estado sobre a liberdade do indivíduo e os critérios que envolvem as decisões judiciais. O último é o plano jurídico, que se liga à validade, à exigência de coerência interna do sistema penal positivo e sua relação com a legislação infraconstitucional e a Constituição. Assim, o garantismo penal seria a expansão dos direitos fundamentais dos cidadãos, acarretando a maximização da liberdade. O Autor defende a regra do Estado mínimo liberal e Estado máximo social e no âmbito penal o Estado deve ser mínimo com a diminuição das restrições à liberdade. (FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal*. 3ª. Ed, São Paulo: RT, 2010)

<sup>8</sup> *Idem*, 2010, p. 52

<sup>9</sup>, *Ibidem*, 2010, p. 48

Para Ferrajoli<sup>10</sup>, a idéia de que a busca da verdade justifica qualquer meio se reverte, no garantismo penal, a idéia de que é unicamente a natureza do meio que garante a consecução do fim. Na mesma linha de raciocínio, Antônio Magalhães Gomes Filho:

“O magistrado tem atuação disciplinada por regras legais relativas à obtenção, admissão, produção ou avaliação dos elementos probatórios; basta pensar na proibição das provas ilícitas, na vedação de que o juiz se utiliza de seus conhecimentos privados, nas formalidades exigidas para a introdução das provas, na observância do contraditório, na exigência de que certos fatos sejam provados por determinados meios (como ocorre no processo penal, com a obrigatoriedade do exame de corpo de delito ou com as restrições quanto à prova relativa ao estado das pessoas), etc., para que se tenha uma idéia das importantes limitações que são colocadas à livre investigação dos fatos em juízo.”<sup>11</sup>”

O citado autor<sup>12</sup> aduz ser inconcebível uma sentença justa que não esteja amparada na *verificação correta* dos fatos, mesmo que o juiz tenha limitada sua atuação na obtenção da verdade.

Diferentemente dos processos penais dos sistemas autoritários, que declaram como objetivo a busca da verdade *real*, aprofundando a investigação dos fatos e fazendo do acusado meio de prova, obrigando-o a declarar sua culpa, o impedindo de silenciar, punindo-o, na hipótese de se constatar alguma inverdade em seu interrogatório, com investigações unilaterais voltadas exclusivamente à defesa social, no Estado Democrático de Direito, busca-se, por intermédio das provas e contraprovas da acusação e defesa, a verdade *processual*.

Mas o que seria essa verdade processual? Para Francisco das Neves Baptista<sup>13</sup>, seria a “*correspondência entre o pensamento e um ser existente num universo exterior ao mesmo pensamento*” e para Mittermaier<sup>14</sup> a “*verdade é a concordância entre um fato real e a idéia que dele forma o espírito.*”

Veja-se, portanto, que existe uma limitação histórica dos fatos ao seu intérprete e por esta razão ela sempre será imperfeita, eis que haverá a interferência dos sujeitos (acusação e defesa) nesta reconstrução.

---

<sup>10</sup> *Ibidem*, 2010, p. 560

<sup>11</sup> GOMES FILHO, Antônio Magalhães, *Direito à Prova no Processo Penal*, São Paulo: RT, 1997, p.45.

<sup>12</sup> *Idem*, 1997, p.45.

<sup>13</sup> BAPTISTA, Francisco Neves, *O mito da verdade da dogmática do processo penal*, Rio de Janeiro, 2001, p.33

<sup>14</sup> MITTERMAIER, C. J. A., *Tratado da Prova em Matéria Criminal*, Trad. :Hebert Heinrichi, São Paulo: Bookseller, 2004, p.79 in PRADO, Fabiana Lemes Zamalloa, *A Ponderação de Interesses em Matéria de Prova no Processo Penal*, São Paulo: IBCCRIM, 2006, p.137.

## **II- a garantia da vedação da autoincriminação compulsória**

A garantia da vedação a autoincriminação compulsória impõe que nenhum indivíduo pode ser constrangido a confessar a prática de um crime e que mesmo quando alguém opte por assumir a prática de um ilícito, vedada também está a criação de qualquer tipo de interpretação negativa em seu desfavor em virtude desta opção.

Diferentemente das testemunhas que têm a obrigação de contribuir com a justiça, daí a tipificação do falso testemunho (art. 342, CP), que não se aplica ao suspeito ou acusado da prática de um crime.

Entre os defensores de que ao Acusado no processo penal é lícito calar-se em relação aos fatos que lhe possam causar prejuízos e constituir prova contra si mesmo, há aqueles que estabelecem restrições quanto ao chamado “direito de mentir”:

“na questão específica apresentada quanto ao direito de mentir que se é dado ao acusado de crime este não encontra guarida no princípio da ampla defesa por encerrar aquele um comportamento proscrito pelos valores morais e éticos de nossa sociedade, sendo que o princípio reclamado como inspiração dos anseios evolutivos da comunidade não lhe pode dar abrigo<sup>15</sup>”.

O entendimento que mais se coaduna com os princípios do Estado Democrático de Direito é, conforme ponderação de Thiago Bottino do Amaral<sup>16</sup>,:

*“o reconhecimento de que não se pode exigir do indivíduo que seu comprometimento com a busca da verdade e a realização da justiça penal pelo Estado, em nome de um bem jurídico individual ou coletivo afetado, seja maior do que o comprometimento que tem consigo mesmo. Não obstante a confissão seja admirável do ponto de vista de uma certa moral, e o Direito Penal inclusive a considere uma circunstância atenuante na fixação da pena, não há que se exigir que o compromisso moral do indivíduo com uma visão coletiva de sociedade ultrapasse o senso de autodefesa que se manifesta em situações como essa”.*

---

<sup>15</sup>FERNANDES, Eduardo Paes, Breves Considerações Sobre o Direito Fundamental à Mentira Outorgado aos Acusados no Processo Penal, *Júris Poiesis*, ano 10, n 10, 2007, p.424.

<sup>16</sup>AMARAL, Thiago Bottino, *O Direito ao Silêncio na Jurisprudência do STF*, Rio de Janeiro: Campus Jurídico, 2009, p. 49.

E é justamente no interrogatório que se observam mais claramente as diferenças entre sistemas democráticos e autoritários - se visto como meio de prova ou meio de defesa - e a garantia à vedação a autoincriminação faz surgir uma barreira na produção da prova no processo penal:

“Dentre as limitações de provas ditadas pela necessidade de tutela a direitos fundamentais, um grupo extenso e emblemático é representado pelas regras que dizem respeito à preservação da liberdade de expressão, da dignidade e da integridade física do acusado.

Infelizmente, o processo penal ainda não deixou de ser um ritual de degradação do *status* social do indivíduo e a humilhação do acusado subsiste como elemento importante e pouco custoso dos mecanismos de repressão; essa dolorosa constatação parece mais reforçada nos domínios de prova, pois a tentação de buscar-se o conhecimento dos fatos através de seu principal protagonista (se culpado) é muito grande”.<sup>17</sup>

Em obra intitulada *Considerações Sobre o Conceito do Interrogatório do Acusado*<sup>18</sup>, Jorge Alberto Romeiro defende ser o interrogatório meio de defesa. Fundamenta-se em estudo aprofundado da legislação dos povos antigos, desde o Código de Hamurabi (onde o acusado não era obrigado a se autoincriminar), analisando as leis de Manu (das quais se extraiu que o homem que silenciava era considerado culpado), passando pelo direito Egípcio (o interrogatório era meio de prova) e, finalmente, o Direito de origem hebraica (interrogatório como meio de defesa).

Quando Roma constitui-se em República, vigorava a garantia da vedação da autoincriminação compulsória, prevalecendo até a ascensão do Império Romano, época em que a tortura começou a ser utilizada nos interrogatórios, mantendo-se durante toda a Idade Média, atingindo seu ápice na Inquisição.

O princípio *nemo tenetur se degetere*, garantia processual do sistema acusatório, foi enunciado pela primeira vez por Hobbes, em *Leviatã*:

“É igualmente inválido o pacto em que uma pessoa acusa a si mesma, sem garantia de perdão, pois, na condição natural, em que todo homem é um juiz, ele não pode acusar a si mesmo, e, num Estado civil, a acusação é sempre seguida de uma punição, que, sendo uma força, não somos obrigados a tolerar”.<sup>19</sup>”

---

<sup>17</sup>GOMES FILHO, Antônio Magalhães, *Direito à Prova no Processo Penal*, São Paulo: RT, 1997, 110/111.

<sup>18</sup>Romeiro, Jorge Alberto, *Considerações Sobre o Interrogatório do Acusado*, Rio de Janeiro: Alba, 1942, p.46, in AMARAL, Thiago Bottino, *O Direito ao Silêncio na Jurisprudência do STF*, Rio de Janeiro: Campus Jurídico, 2009, p.39.

<sup>19</sup>HOBBS, Thomas. *Leviatã*, Trad. Rosina D'Angina, São Paulo: Martin Claret, 2009, p. 104.

Na segunda metade do século XVIII, sob a influência do pensamento iluminista foi publicado em 1794 na Itália a obra de Beccaria “*Dos Delitos e das Penas*”, que se insere no movimento filosófico e humanitário a partir do qual diversas nações deixaram de aplicar a tortura para se obter confissões.

Ainda segundo Jorge Alberto Romeiro<sup>20</sup>, o Código de Processo Criminal do Império de 1832, o Código de Processo Criminal da Alemanha de 1877 e o Código de Processo Penal da Itália de 1913 foram influenciados pelas idéias iluministas do século XVIII.

Sob a égide do Código de Processo Penal de 1941, no ano de 1942, Jorge Alberto Romeiro<sup>21</sup> sustentava ser o interrogatório meio de defesa, ao contrário de Hélio Tornaghi<sup>22</sup>, que em 1959, afirmava que o interrogatório tratava-se de meio de prova, assim como José Frederico Marques<sup>23</sup>, em 1961, justificava sua tese no fato de no Estatuto Processual Penal de 1941, que teve suas bases no Código Rocco, o interrogatório estava previsto no capítulo concernente às provas e, portanto, era meio de prova.

Vale dizer que em 1959 os tratados internacionais<sup>24</sup> que ergueram o direito ao silêncio à garantia fundamental não existiam e que a Convenção Européia de Direitos Humanos, de 1950, não tratou deste assunto especificamente.

Para Thiago Bottino do Amaral<sup>25</sup>, ainda hoje persiste o debate em torno do *status* jurídico do interrogatório na dogmática Processual Penal, discussão que esconde uma opção política acerca da finalidade do Direito Processual Penal na organização do Estado:

“A visão do interrogatório como meio privilegiado para a busca da verdade manteve-se forte durante toda a Idade Média – também chamada idade das trevas – atingindo seu ápice com os processos canônicos conduzidos durante a santa inquisição, quando a confissão era chamada de “rainha das provas”. (...) A perspectiva histórica indica que esse conceito de interrogatório predominava nos ordenamentos jurídicos

---

<sup>20</sup>Romeiro, Jorge Alberto, *Considerações Sobre o Interrogatório do Acusado*, Rio de Janeiro: Alba, 1942, p.46, in AMARAL, Thiago Bottino, *O Direito ao Silêncio na Jurisprudência do STF*, Rio de Janeiro: Campus Jurídico, 2009, p.41.

<sup>21</sup>Romeiro, Jorge Alberto, *Considerações Sobre o Interrogatório do Acusado*, Rio de Janeiro: Alba, 1942.

<sup>22</sup>TORNAGHI, Hélio, *Instituições de Processo Penal*, v. 5, 1ª. Ed., Rio de Janeiro: Forense, 1959.

<sup>23</sup>MARQUES, José Frederico, *Elementos de Direito Processual Penal*, vol. II, 1ª. Ed, Rio de Janeiro: Companhia Editora Forense 1961, p.3 21.

<sup>24</sup>Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, de 1966 e Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969.

<sup>25</sup>AMARAL, Thiago Bottino, *Op. cit.*, 2009, p. 35.

certamente graças à própria organização dos Estados. Qual o sentido de preservar a liberdade do indivíduo em um Estado absolutista? Não seria de estranhar que as mudanças se iniciassem na Inglaterra a partir de 1688 com o *Bill of Rights* – coincidindo com o estabelecimento da monarquia parlamentar e o fim dos poderes absolutos do rei.<sup>26</sup>”

Entretanto, um legítimo discurso jurídico-penal no Estado Democrático de Direito<sup>27</sup> não pode buscar a legitimação no poder de punir, fazendo da instrução processual o *locus* para o exercício desse poder punitivo, mas sim na sua contenção, pois um Estado que coloca o indivíduo como meio de prova contra ele mesmo só pode ser chamado de estado autoritário.

Para colocar em prática o poder de contenção significa fazer cumprir a decisão constituinte e fortalecer o Estado democrático de direito. Significa assegurar a todos os indivíduos – culpados ou inocentes - um modelo processual penal que assegure a proteção da dignidade da pessoa humana, do direito de defesa e a garantia de poder escolher entre falar ou silenciar.

Ao contrário, se para alcançar a “verdade” no processo o Estado utiliza o próprio acusado para o conhecimento dos fatos, reduz o indivíduo à condição de objeto, abandonando todas as garantias referentes à dignidade humana, pois a partir do momento que é exigida a declaração da verdade por parte do acusado, torna-se dever do Estado garantir seu cumprimento, abrindo perigosos precedentes à tortura física ou moral.

Assim, em um sistema punitivo aliado aos ideais democráticos de direito, o interrogatório do Acusado deixa de ser um meio de prova e passa a ser um meio de defesa.

### **Iii – o cenário supranacional**

No cenário supranacional, importante referência judicial que trata da garantia de vedação de autoincriminação compulsória é o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), embora a Convenção Europeia de Direitos Humanos (CEDH), de 04/11/1950, não tenha previsto expressamente o direito do acusado permanecer em silêncio.

---

<sup>26</sup>AMARAL, Thiago Bottino *Idem*, p. 39.

<sup>27</sup>STRECK, Lenio Luiz, *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do direito*, 2ª. Ed, Rio de Janeiro: Forense, 2004, p.147/148.

Verificou-se que o referido Tribunal avançou seu entendimento no sentido de que a garantia de vedação de autoincriminação compulsória comporia o que se entende por um julgamento justo e equitativo<sup>28</sup>.

A legislação processual alemã tem sido modificada continuamente, desde sua introdução, em 1877. Em seu texto “*Sobre la Reforma del Derecho Procesal Penal Aleman*”, Claus Roxin<sup>29</sup> pontua que somente no pós-guerra, a legislação processual foi alterada pelo menos em 50 leis distintas.

Roxin aborda de forma sintética três tendências distintas que têm acompanhado todos os esforços destas modificações legislativas, a saber: (i) o esforço surgido após a lamentável experiência do nacionalismo, de modo a fortalecer os direitos do acusado; (ii) a vontade de alcançar um processo mais célere e (iii) a utilização do direito processual penal na luta contra o terrorismo.

Em 1950 foi concretizada na legislação alemã a proibição da tortura e de todo tratamento cruel e degradante (parágrafo 136.a). Em 1964 foi introduzida a obrigatoriedade do juiz, informar e instruir qualquer acusado em seu interrogatório sobre seu direito de “*não fazer quaisquer declarações sobre a acusação*” (parágrafo 136), obrigação estendida à polícia e ao promotor de justiça (parágrafo 163)<sup>30</sup>.

---

<sup>28</sup> Artigo 6º - Direito a um processo equitativo:

1. Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de caráter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a proteção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça.

2. Qualquer pessoa acusada de uma infração presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada.

3. O acusado tem, como mínimo, os seguintes direitos:

a) Ser informado no mais curto prazo, em língua que entenda e de forma minuciosa, da natureza e da causa da acusação contra ele formulada;

b) Dispor do tempo e dos meios necessários para a preparação da sua defesa;

c) Defender-se a si próprio ou ter a assistência de um defensor da sua escolha e, se não tiver meios para remunerar um defensor, poder ser assistido gratuitamente por um defensor oficioso, quando os interesses da justiça o exigirem;

d) Interrogar ou fazer interrogar as testemunhas de acusação e obter a convocação e o interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições que as testemunhas de acusação;

e) Fazer-se assistir gratuitamente por intérprete, se não compreender ou não falar a língua usada no processo.

<sup>29</sup> ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*. Trad. CÓRDOBA, Gabriela e PASTOR, Gabriel, Buenos Aires: Del Puerto, 2000.

<sup>30</sup> Por esta razão que, por exemplo, foi proibida pelo Supremo Tribunal Alemão a utilização do detector de mentiras (BGHSt 5, 332) e anotações de diário pessoal do acusado (BGHSt 19, 325 ff., 327/28).

Coral Aranguena Fanego<sup>31</sup> analisa a importância da autodefesa conferida pela Convenção Européia de Direitos Humanos (CEDH) e a jurisprudência do TEDH. Para a catedrática, o exercício da autodefesa é tão importante que o acusado pode optar por silenciar ou negar-se a prestar declarações e que embora não esteja expressamente relacionado no art. 6º da CEDH, esse direito é reconhecido pelo TEDH como um bloco de garantias de direitos que levam a um processo justo e equitativo.

Importante julgamento que merece ser analisado, citado por Coral Aranguena Fanego<sup>32</sup> é o caso de Abu Balak Jalloh *versus* Alemanha, cidadão de Serra Leoa que vivia em Colônia, na Alemanha. Jalloh foi preso por suspeita de tráfico de drogas: nos momentos que antecederam sua prisão, policiais o viram tirando sacos plásticos de sua boca e entregando-os a uma pessoa, em troca de dinheiro.<sup>33</sup> Quando os policiais se aproximaram do Sr. Jalloh, este engoliu um saco plástico.

Foi detido e encaminhado a um hospital de custódia em Wuppertal-Elberfeld, onde lhe foi oferecido medicamentos para indução de vômito. Ao se recusar a ingerir a medicação, foi inserida uma sonda nasogástrica no Sr. Jalloh e lhe ministraram remédios para indução de vômito. Com isso, o Sr. Jalloh vomitou um saco plástico contendo cocaína, foi processado e condenado por tráfico de drogas.

Após percorrer todas as instâncias alemãs, a defesa recorreu ao TEDH. A tese defensiva baseava-se fundamentalmente: (i) as provas contra ele foram obtidas de forma ilícita, (ii) os policiais e o médico causaram danos à integridade física do Sr. Jalloh, pois fora submetido à tratamento desumano e degradante e (iii) a administração de substâncias tóxicas ministradas ao Sr. Jalloh foi proibida pela Seção 136a<sup>34</sup> do Código de Processo Penal e era medida desproporcional, na forma do art. 81a<sup>35</sup> do

---

<sup>31</sup> ARANGÜENA, Coral, Exigências em Relación com el Derecho de Defensa: El Derecho a la Autodefensa, a la Defensa Técnica y a la Assistència Juridica Gratuita (Art. 6.3.c), in Garcia Roca, Francesco Javier y Santolaya (Coord), *La Europa de los Derechos: el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid: centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, p. 435.

<sup>32</sup> ARANGÜENA, Coral, Idem, 2005, p. 435.

<sup>33</sup> O caso é narrado no site do Instituto de Direitos Humanos da Holanda, disponível: <http://sim.law.uu.nl/SIM/CaseLaw/hof.nsf/2422ec00f1ace923c1256681002b47f1/f73372f4792025aec12571b000317ebf?OpenDocument>, acesso em 27/12/2010.

<sup>34</sup> O art. 136 a do Código de Processo Penal alemão relaciona os métodos proibidos de interrogatório: Seção 136 a: (1) A liberdade do acusado de tomar decisões e para manifestar a sua vontade não deve ser prejudicada pelos maus-tratos, fadiga induzida, cansaço físico, a administração de drogas, tortura, dissimulação ou hipnose. A coerção só pode ser utilizada na medida em que tal seja permitido pela lei processual penal. Também é proibido ameaçar o acusado com medidas que não são permitidas sob a lei no procedimento criminal.

(2) Medidas que prejudicam a memória do acusado ou sua habilidade de compreender e aceitar um fato determinado não serão permitidas.

(3) A proibição nas subseções (1) e (2) é aplicável independentemente do consentimento do arguido. Declarações que foram obtidas em violação desta proibição não deve ser usado, mesmo se o réu concorda com a sua utilização.

<sup>35</sup>(1) Um exame físico do acusado pode ser ordenado para o estabelecimento de fatos que são de importância para o processo. Para este efeito, a tomada de amostras de sangue e outras intrusões corporais

referido diploma legal, uma vez que a sacola plástica seria expelida de qualquer forma, naturalmente.

O TEDH iniciou o julgamento conceituando tratamento desumano e degradante. Estabeleceu a jurisprudência do Tribunal que tratamento “desumano” é aquele praticado com premeditação ou durante horas consecutivas, provocando lesões físicas ou grave sofrimento físico ou psicológico; o tratamento será “degradante” quando provoca nas vítimas sentimentos de medo, angústia e inferioridade, causando humilhação e aviltamento, ou quando determina a vítima a agir contra a sua vontade ou consciência.

Para verificar se um determinado tratamento é “degradante”, nos termos e para os efeitos do artigo 3.º da Convenção, o Tribunal irá apurar se aquele comportamento se destinava a humilhar e diminuir a pessoa; contudo, mesmo quando o comportamento impugnado não se destina a humilhar o acusado, este fato não afasta, por si só, a verificação de uma violação do artigo 3.º. No entanto, o grau de sofrimento e humilhação infligidos têm, em todo o caso, que ultrapassar o inevitável sofrimento e humilhação implícitos a qualquer medida sancionatória legítima.

A Corte ponderou que o Código de Processo Penal Alemão prevê que as autoridades de investigação criminal podem ordenar a realização de intervenções médicas invasivas contra a vontade do suspeito para obtenção da prova, desde que sejam realizadas por um médico e delas não decorra o risco de dano para a saúde do acusado.

Finalmente, o Tribunal concluiu que a administração de eméticos ao Sr. Jalloh, tal como foi ordenada pelas autoridades competentes, foi motivada não tanto por razões de ordem médica, mas antes para a preservação da prova, relativamente ao crime de tráfico de droga de que era suspeito.

O Tribunal salientou que o tráfico de droga é um crime grave e reconheceu os esforços e as sérias dificuldades que os Estados enfrentam no combate ao tráfico, entretanto, julgou não ser correta a forma como a prova foi obtida, eis que as autoridades poderiam ter esperado que a droga fosse expulsa do organismo naturalmente, e que a administração forçada de eméticos não comportava riscos *apenas negligenciáveis*, como alegava o Governo alemão em sua defesa.

Portanto, entendeu a Corte que o tratamento ao qual o Sr. Jalloh fora submetido, embora não tivesse atingido a gravidade de um ato de tortura, atingiu o mínimo de gravidade exigido pelo artigo 3.º da Convenção, pois a forma que o

---

que são realizadas por um médico de acordo com as regras da ciência médica para a realização do exame serão admitidas sem o consentimento do arguido, desde que não cause nenhum prejuízo para sua saúde.”

medicamento foi utilizado causou sentimentos de medo, angústia e inferioridade, capazes de humilhar o Sr. Jalloh.

O Tribunal salientou que o direito de não se autoincriminar pressupõe que cabe à acusação o ônus da prova, sem o recurso – para tanto – à coação ou pressão sobre o acusado ou sobre a sua vontade e que o direito de não se autoincriminar impõe que se respeite a vontade do suspeito de não falar e manter o silêncio.

Assim sendo, a utilização ou admissibilidade de meios de prova obtidos através da prática intencional de maus-tratos transformou o julgamento do Sr. Jalloh em injusto e não equitativo e infringiu seu direito de não se auto-incriminar.

#### **Iv – O Brasil**

No Brasil, Thiago Bottino do Amaral<sup>36</sup> analisou profundamente o avanço do entendimento do Supremo Tribunal Federal na garantia da vedação à autoincriminação compulsória. Segundo o Autor, os Ministros nomeados após a promulgação da Constituição da República de 1988 que “*promoveram a efetiva adequação do arcabouço normativo infraconstitucional à nova ordem constitucional.*”<sup>37</sup>

O Autor verificou que o primeiro julgamento no STF a analisar que a possibilidade do direito de permanecer calado não se resumia apenas no direito ao silêncio e sim a uma garantia mais ampla, que é a vedação contra a autoincriminação (*Habeas Corpus* n.º. 68742-3/DF<sup>38</sup>, DJ: 02/04/1993). O HC em questão foi impetrado contra decisão que condenou o paciente pela prática do crime de uso de documento falso (art. 304, CP), e requeria a redução da pena, com os seguintes argumentos: (i) a de que voluntariamente o paciente recolhera aos cofres públicos o tributo referente ao documento falso utilizado, o que importaria a redução prevista no art. 16, do CP e (ii) a de que a pena base fora aumentada com fundamento em denúncia posteriormente oferecida, considerada como antecedentes criminais.

O relator originário negou a ordem de *habeas corpus* sob dois fundamentos: (i) “intensidade do dolo” em causar danos ao erário e (ii) o fato de haver o paciente negado falsamente a prática do crime.

O Ministro Marco Aurélio foi o primeiro a suscitar o direito de o paciente não se autoincriminar, aduzindo que se o acusado nega a prática do crime, esta

---

<sup>36</sup>AMARAL, Thiago Bottino, *Op. cit.*, 2009

<sup>37</sup>AMARAL, Thiago Bottino, *Idem*, 2009, p. 91.

<sup>38</sup>STF, HC 68742-3/DF, Relator designado para acórdão Ministro Ilmar Galvão, Turma, Julgamento: DJ: . consulta em 04 de janeiro de 2011, disponível: <http://redir.stf.jus.br/paginador/paginador.jsp?docTP=AC&docID=71200>

circunstância não pode ser utilizada para majorar sua pena, eis que o art. 59 do CP não menciona expressamente que tal circunstância é capaz de aumentar a pena ou não, e, portanto é impossível exigir do acusado a confissão para se beneficiar da pena-base.

O Ministro Celso de Mello foi muito além e sua interpretação configurou um marco na jurisprudência do STF na matéria: enfocou que o reconhecimento do direito ao silêncio seria manifestação do devido processo legal, constituindo verdadeiro direito de não de auto-incriminar, mais amplo que o direito de permanecer em silêncio:

“O privilégio contra a autoincriminação traduz direito público subjetivo, de estrutura constitucional, deferido e expressamente assegurado, em favor de qualquer indiciado ou imputado, pelo art. 5º., inciso LXIII, da Carta Política.

Com seu mais expreso reconhecimento, constitucionalizou-se uma das mais expressivas conseqüências derivadas da cláusula do ‘*due process of law*’.

Qualquer indivíduo que figure como objeto de procedimentos investigatórios policiais ou que ostente, em juízo penal, a condição jurídica de imputado tem, dentre as várias prerrogativas que lhe são constitucionalmente asseguradas, o direito de permanecer calado.(...)

A cláusula constitucional referida consagrou, nesse contexto, o velho postulado –já acolhido na Quinta Emenda do *Bill of Rights* norte-americano – segundo o qual ‘*nemo tenetur se degetere*’.

Ninguém pode ser constrangido a confessar a prática de um ilícito penal. (...) E nesse direito ao silêncio inclui-se, até mesmo por implicitude, a prerrogativa processual de negar, ainda que falsamente, perante a autoridade judiciária ou policial, a prática de ilícito penal.”

O voto acima parcialmente transcrito não menciona o inciso LXIII da Constituição da República como direito ao silêncio, mas como direito de não se autoincriminar. Ao vincular a garantir ao devido processo legal, o Ministro “*expande a garantia do silêncio para abarcar também a falsa negativa e a protege de valorações negativas, envolvendo-a com o manto da inviolabilidade de defesa*”<sup>39</sup>.

Encontra-se pendente de julgamento no STF, *habeas corpus* substitutivo (108.126), impetrado contra decisão do Superior Tribunal de Justiça que denegou a ordem de *habeas corpus* (149.146) impetrado em favor de pacientes que teriam ingerido aproximadamente um quilo de cocaína, distribuído em mais de 100 cápsulas, com o objetivo de levar a droga para Angola.

---

<sup>39</sup> AMARAL, Thiago Bottino, *Op. Cit.*, 2009, p. 121.

Foram presos e submetidos a exames de raios X para detecção da droga e posteriormente lhes foi ministrada certa quantidade de remédios para expulsão da substância. Foram processados e condenados às penas de 9 (nove) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, pela prática dos crimes previstos nos arts. 33 e 35, c/c o art. 40, I, todos da Lei nº 11.343/06.

A Defensoria Pública impetrou *habeas corpus* requerendo a anulação do processo sob o argumento de que a submissão dos pacientes ao exame de raios X ofenderia o princípio da não autoincriminação.

O Ministro Relator, Og Fernandes, foi acompanhado pelos demais ministros da Sexta Turma, que denegaram a ordem sob o seguinte argumento:

“A Constituição Federal, na esteira da Convenção Americana de Direitos Humanos e do Pacto de São José da Costa Rica, consagrou, em seu art. 5º, LXIII, o princípio de que ninguém pode ser compelido a produzir prova contra si, conhecido como **nemo tenetur se detegere**.

Contudo, na hipótese, não vislumbro afronta ao referido princípio constitucional. Isso porque, não há nos autos qualquer comprovação de que tenha havido abuso por parte dos policiais na obtenção da prova que ora se impugna.

Compulsando os autos, verifica-se que os pacientes assumiram a ingestão da droga, narrando, inclusive, detalhes da ação que culminaria no tráfico internacional da cocaína apreendida para a Angola, o que denota cooperação com a atividade policial, refutando qualquer alegação de coação na colheita da prova.

(...)

Ademais, é sabido que a ingestão de cápsulas de cocaína causa risco de morte, motivo pelo qual a constatação do transporte da droga no organismo humano, com o posterior procedimento apto a expeli-la, traduz em verdadeira intervenção estatal em favor da integridade física e, mais ainda, da vida, bens jurídicos estes largamente tutelados pelo ordenamento jurídico.

Ressalte-se, também, que a submissão aos mencionados exames de Raios-X não exigiu qualquer agir, fazer, por parte dos pacientes, tampouco constituiu procedimento invasivo ou até mesmo degradante que pudesse violar seus direitos fundamentais.

De toda sorte, mesmo não fossem realizadas as radiografias abdominais, o próprio organismo, se o pior não ocorresse, expeliria naturalmente as cápsulas ingeridas, de forma a permitir a comprovação da ocorrência do crime de tráfico de entorpecentes.

Assim, a postura adotada pelos policiais em nada violou direitos constitucionais, visto que, além de contarem – num primeiro lance – com a anuência dos pacientes, apenas atuaram na salvaguarda do bem jurídico vida, acelerando a colheita de prova que, caso não ocasionasse a morte, seria naturalmente produzida, motivo pelo qual não há, ao meu ver, o constrangimento ilegal ora alegado.”

Thiago Bottino do Amaral<sup>40</sup> refere que, ao definir a natureza jurídica da garantia da vedação contra a autoincriminação compulsória, o Supremo Tribunal Federal “assentou que constitui um direito público subjetivo do indivíduo, de estrutura constitucional de aplicabilidade absoluta, oponível ao Estado” e constitui uma das mais expressivas conseqüências derivadas da cláusula do devido processo legal.

A importância do papel desempenhado pelo Ministro Celso de Mello (Relator do *Habeas Corpus* nº 108.126) foi reconhecida por Thiago Bottino do Amaral<sup>41</sup>, que atribuiu ao Ministro a definição e o alargamento dos contornos do direito ao silêncio no Brasil.

Espera-se a manifestação do Supremo Tribunal Federal no julgamento do aludido HC, porém, independentemente do posicionamento que se adote, há questões de direitos humanos envolvidas que os Ministros do Supremo Tribunal Federal não poderão deixar de enfrentar.

## V– Conclusão

No presente estudo foi possível verificar que o interrogatório constitui um importante meio de defesa e que em um sistema onde vigora o Estado Democrático de Direito, a opção pela busca da verdade processual deve dar lugar à busca pela verdade real.

Da análise da jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, foi possível constatar que o entendimento daquela Corte é que não lhe cabe conhecer eventuais erros de fato ou de direito alegadamente cometidos pelos tribunais nacionais, a menos que – e apenas na medida em que – estes tenham violado os direitos e liberdades consagrados na Convenção Européia de Direitos Humanos.

---

<sup>40</sup>AMARAL, Thiago Bottino, *O Direito ao Silêncio na Jurisprudência do STF*, Rio de Janeiro: Campus Jurídico, 2009, p. 179.

<sup>41</sup>“Assim como teve o papel destacado na fixação dos limites da vedação de autoincriminação para além do preso (primeiro eixo temático) e para além da passividade do calar (segundo eixo temático), o Ministro Celso de Mello foi o responsável pela manutenção do paradigma pré constitucional em clara oposição ao texto constitucional.” (AMARAL, Thiago Bottino, *O Direito ao Silêncio na Jurisprudência do STF*, Rio de Janeiro: Campus Jurídico, 2009, p. 186).

O artigo 6.º da CEDH que tutela o direito a um processo equitativo, não estabelece para a mencionada Corte quaisquer regras sobre admissibilidade das provas, por exemplo, que é uma matéria que compete às leis nacionais. A única questão a que se manifesta é a de averiguar se o processo, considerado no seu conjunto, incluindo o modo como a prova foi obtida, foi justo.

O entendimento do aludido Tribunal é que para determinar se o processo foi equitativo deve atender aos direitos da defesa e que as preocupações referentes ao interesse público nunca poderão justificar medidas que excluam ou exponham em risco o núcleo dos direitos de defesa do acusado, incluindo o direito que lhe assiste de não se autoincriminar.

O Supremo Tribunal Federal, paulatinamente, construiu sua jurisprudência acerca da garantia da vedação da autoincriminação compulsória elevando-a a um direito público subjetivo do acusado ou suspeito, de estrutura constitucional, constituindo expressivas conseqüências derivadas da cláusula do devido processo legal.

As posições adotadas por ambos os Tribunais refletem características de sistemas acusatórios e o direito do acusado não se autoincriminar desempenha um papel de adequação do sistema punitivo ao Estado Democrático de Direito.

### **Referências Bibliográficas:**

AMARAL, Thiago Bottino, *O Direito ao Silêncio na Jurisprudência do STF*, Rio de Janeiro: Campus Jurídico, 2009.

ARANGÜENA, Coral, Exigências em Relación com el Derecho de Defensa: El Derecho a la Autodefensa, a la Defensa Técnica y a la Assistència Jurídica Gratuita (Art. 6.3.c), in Garcia Roca, Francesco Javier y Santolaya (Coord), *La Europa de los Derechos: el Convenio Europeo de Derechos Humanos*, Madrid: centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005.

BAPTISTA, Francisco Neves, *O mito da verdade da dogmática do processo penal*, Rio de Janeiro: Renovar, 2001

BARROS, Marco Antônio, *A Busca da Verdade no Processo Penal*, São Paulo: RT, 2002.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm). Acesso em 20 de novembro de 2010.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.689 de 3 de outubro de 1941*. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, 1941. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/del3689.htm>>. Acesso em 20 de novembro de 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº. 149.146, Relator: Ministro Og Fernandes, Sexta Turma. Brasília, 19/04/2011. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em 23 de junho de 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 68742, Relator: Min. Octávio Galotti e Relator designado Ministro Ilmar Galvão, Brasília, 02/04/1993. Pleno. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>, acesso em 23 de junho de 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 108.126, Relator: Min. Celso de Mello. Segunda Turma. Disponível em: <http://www.stf.jus.br>, acesso em 23 de junho de 2011.

CARVALHO, L.G. Grandinetti Castanho, *Processo Penal e Constituição*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 5ª. Ed, 2009.

CASTANHEIRA NEVES, A., *Sumários de Processo Penal*, 1968.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão. *Teoria do Garantismo Penal*. 3ª. Ed, São Paulo: RT, 2010

GOMES FILHO, Antônio Magalhães, *Direito à Prova no Processo Penal*, São Paulo: RT, 1997.

GRINOVER, Ada Grinover, *As Garantias Constitucionais do Processo*, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

HOBBS, Thomas. *Leviatã*, Trad. Rosina D'Angina, São Paulo: Martin Claret, 2009.

Instituto de Direitos Humanos da Holanda, disponível: <http://sim.law.uu.nl/SIM/CaseLaw/hof.nsf/2422ec00f1ace923c1256681002b47f1/f73372f4792025aec12571b000317ebf?OpenDocument>

LOPES JÚNIOR, Aury, *Introdução Crítica ao Processo Penal, Fundamentos da Instrumentalidade Garantista*, 3ª. Ed, Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005

MARQUES, José Frederico, *Elementos de Direito Processual Penal*, vol. II, 1ª. Ed, Rio de Janeiro: Companhia Editora Forense 1961.

MITTERMAIER, C. J. A., *Tratado da Prova em Matéria Criminal*, Trad. :Hebert Heinrichi, São Paulo: Bookseller, 2004.

PRADO, Fabiana Lemes Zamalloa, *A Ponderação de Interesses em Matéria de Prova no Processo Penal*, São Paulo: IBCCRIM, 2006.

ROMEIRO, Jorge Alberto, *Considerações Sobre o Interrogatório do Acusado*, Rio de Janeiro: Alba, 1942.

ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*. Trad. CÓRDOBA, Gabriela e PASTOR, Gabriel, Buenos Aires: Del Puerto, 2000.

STRECK, Lenio Luiz, *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do direito*, 2ª. Ed, Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TORNAGHI, Hélio, *Instituições de Processo Penal*, v. 5, 1ª. Ed., Rio de Janeiro: Forense, 1959.