

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO

GUSTAVO NORONHA DE AVILA

NESTOR EDUARDO ARARUNA SANTIAGO

BEATRIZ VARGAS RAMOS G. DE REZENDE

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. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

P963

Processo penal e constituição [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF;

Coordenadores: Beatriz Vargas Ramos G. De Rezende, Gustavo Noronha de Avila, Nestor Eduardo Araruna Santiago – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-196-8

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

Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Processo Penal. 3. Constituição.
I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34



Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO

Apresentação

Neste XXV Encontro Nacional do CONPEDI, realizado na Universidade de Brasília (UnB) entre os dias 6 e 9 de julho de 2016, consolidou-se a cisão entre os

Grupos de Trabalho (GTs) de Direito Penal e de Direito Processual Penal, haja vista a diferença de objetos entre eles, malgrado a instrumentalidade deste para com aquele. Contudo, não se abandonou a visão constitucional, que deve ser o norte de ambos.

No dia dedicado à apresentação dos artigos no GT de Processo Penal e Constituição, compareceram os autores dos 19 trabalhos aprovados, e que ora fazem

parte dos presentes anais. A dinâmica operacional consistiu em agrupar temas afins, em uma sequência de apresentações que permitisse uma mais operante interlocução de ideias. Aliás, o número relativamente pequeno de artigos aprovados, se comparados a outros eventos organizados pelo Conpedi, fez com que o debate fosse altamente incentivado e privilegiado, possibilitando o intercâmbio de pensamentos, de discussões e de oitiva de posicionamentos contrapostos, dentro do espírito livre que deve ser preservado na academia.

A sustentação oral dos trabalhos apresentados manteve-se na seguinte ordem: processo penal constitucional (6 trabalhos); relações entre direito processual penal

direito processual civil (2 trabalhos); relações entre o direito penal e o direito processual penal (3 trabalhos); investigação criminal (3 trabalhos); e provas no processo penal (5 trabalhos). A tônica das apresentações, e das discussões que dali surgiram, foi a da necessária constitucionalização do processo penal e da imediata atualização do Código de Processo Penal. Entretanto, alguns poucos trabalhos flertaram perigosamente com a relativização de princípios processuais penais, bem como com o afastamento do sistema acusatório, o que não deixa de ser preocupante em um momento de total autoritarismo processual penal, com o qual a Universidade não pode compactuar.

É certo que o papel persecutório estatal deve ter como premissa a Constituição Federal e os documentos internacionais dos quais o Brasil é signatário, sem deixar de considerar o igual

protagonismo da tutela das liberdades individuais. O debate nacional que envolve a tensão entre segurança pública e liberdades individuais não pode deixar de ter seu foco no indivíduo e nos direitos e garantias consolidados no texto constitucional.

Aqui vale a lembrança do que foi exposto no prefácio da obra organizada neste GT, por ocasião do XXIV Congresso Nacional do Conpedi, realizado em Belo Horizonte em 2015: “Deve, pois, haver um afastamento do operador do Direito, em relação a uma cultura ideológica (e midiática) preconcebida, devendo (o processo penal) funcionar como autêntica garantia do exercício de cidadania. O processo penal, neste sentido, deve ser inclusivo e solicitar a participação de todas as partes envolvidas, para construírem um provimento jurisdicional compartilhado e mais próximo da solução duradoura de conflitos”.

E vale acrescentar: nunca contra a Constituição Federal, nunca se esquecendo dos direitos e garantias previstos na Constituição Federal, mas sempre de braços dados

com ela.

Profa. Dra. Beatriz Vargas Ramos de Resende (Universidade de Brasília – UnB)

Prof. Dr. Gustavo Noronha de Ávila (UNICESUMAR)

Prof. Dr. Nestor Eduardo Araruna Santiago (Universidade de Fortaleza -

**QUANDO A TESTEMUNHA PODE FICAR CALADA: O NEMO TENETUR SE
DETEGERE E O NECESSÁRIO PROCESSO PENAL DEMOCRÁTICO**

**WHEN THE WITNESS MAY BE IN SILENCE: NEMO TENETUR DETEGERE IF
NECESSARY AND CRIMINAL PROCEDURE DEMOCRACY**

Paulo Thiago Fernandes Dias ¹
Sara Alacoque Guerra ²

Resumo

Este trabalho aborda a aplicação do direito ao silêncio à testemunha que depõe sem conhecer que está sob investigação policial ou ministerial. Trata-se de direito fundamental, decorrente do direito de defesa própria e, portanto, do devido processo legal que veda a imposição de que alguém produza provas contra si mesmo. Num Estado Democrático de Direito, o nível de respeito às garantias fundamentais é o que evidencia o seu compromisso com a legalidade e com os valores políticos essenciais aos direitos civis e políticos, classificados como de primeira dimensão.

Palavras-chave: Direito ao silêncio, Testemunha, Processo penal, Constitucionalidade

Abstract/Resumen/Résumé

This paper discusses the application of the right to silence by the witness who testifies without knowing he is under police or ministerial investigation. This is a fundamental right, due to the self-defense right and, therefore, on a certain process which prohibits the imposition to someone to produce evidence against himself. In a democratic government, the level of respect for fundamental guarantees is what clarifies the commitment to the legality and the essential political values to civil and political rights, classified as first dimension rights.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Right to silence, Witness, Criminal proceedings, Constitutionality

¹ Mestrando em Ciências Criminais pela PUCRS, Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela UGF, ex-professor de Penal e Processo Penal da FACIMP, FEST e UNISULMA todas de Imperatriz/MA, Advogado

² Mestranda em Ciências Criminais pela PUCRS, Especializanda em Processo Penal pela Faculdade Anhanguera, Advogada.

INTRODUÇÃO

Ao Estado é conferido o poder-dever de investigar, processar, julgar e absolver ou condenar os crimes previstos na legislação brasileira, razão pela qual, todo um aparelhamento é montado para o exercício dessas atividades, o que evidencia uma opção constitucional contra o exercício privado da justiça.

Não se ignora que há infrações penais classificadas como privadas (exclusiva, personalíssima e subsidiária da pública), as quais têm como legitimado para a propositura da ação penal o ofendido (bem como seu cônjuge/companheiro, ascendente, descendente ou irmã(o), conforme o caso). São, portanto, exceções à regra que estabelece que os crimes são de natureza pública, condicionada ou incondicionada. No presente trabalho, será abordada a persecução penal tão somente em relação às infrações penais de natureza pública, em tese, aquelas de maior gravidade.

Nesse ponto, questiona-se se ao Estado cabe o exercício ilimitado do poder investigatório (e por consequência, o de punir), a ponto de convocar alguém para depor como testemunha, quando essa pessoa é, de fato, alvo de investigação. Ademais, e continuando, essa pessoa (testemunha) teria ou não direito ao silêncio, conforme estabelece o texto constitucional?

O direito fundamental ao silêncio, previsto no artigo 5º, LXIII, da Constituição da República, também conhecido como o princípio que proíbe a autoincriminação, é uma das formas de exercício do direito de defesa pelo investigado, acusado e testemunha, conforme será exposto. Para além do simples fato de silenciar, esse direito se traduz na proibição de que alguém seja impelido a autoincriminar-se.

Por mais que a opção política pelo Estado Democrático de Direito tenha ficado clara na Constituição da República, ainda se observam discursos ou manifestações, de agentes políticos até (MORO, 2015), que responsabilizam o processo, a quantidade de recursos, a prescrição ou o “excesso” de garantias pelo recorrente sentimento coletivo de impunidade. Para muitos que assim pensam, os fins (apuração da verdade real, combate ao crime, segurança coletiva, interesse público, etc.) justificam os meios (relativização ou supressão de direitos fundamentais, dentre os quais, o princípio que veda a autoincriminação compulsória).

Há que se tomar cuidado com esse tipo de argumentação (notadamente, quando convertida em atos), posto inequívoca remissão ao período em que o Brasil esteve sob a égide de regime ditatorial, caracterizado pela coisificação da pessoa humana, diante da

desconsideração do que hoje se entende por direitos fundamentais, verdadeiros pilares do Estado Constitucional. Admitia-se tudo em nome do interesse público.

Segundo PRADO (2014, p. 15), “o estado de direito tem nas regras do devido processo legal sua base jurídico-política, por meio da qual o exercício legítimo do monopólio da força tende a não se converter em arbítrio”.

Partindo-se da situação em que alguém presta testemunho perante a autoridade policial, ministerial ou judiciária, sem saber que seu relato servirá para a sua incriminação, este trabalho objetiva, a partir da análise do princípio do *nemo tenetur se detegere*, reforçar a importância de o Estado pautar seus atos em respeito ao processo, aos direitos fundamentais, a fim de que se considere, realmente, Democrático e de Direito.

Se considerando o aparelhamento estatal já é difícil conceber que há equilíbrio de forças entre acusação e defesa, mesmo que o investigado/acusado seja detentor de boa condição financeira e desfrute de ótimo suporte defensivo. Esse desequilíbrio entre o Estado-acusador/investigador e o indivíduo é ainda mais cristalino em relação à verdadeira clientela do Direito Penal brasileiro, conforme dados recentes do Ministério da Justiça¹.

Com vistas à redução desse desequilíbrio, a Constituição da República garante àquele que é alvo de investigação/processamento um rol de direitos fundamentais que integram o devido processo constitucional, como forma de legitimar a atuação estatal. Desse elenco constitucional, destaca-se o direito básico ao conhecimento de que se é alvo ou não de investigação. Explica-se. O direito de não ser pego de surpresa, ludibriado, convocado como testemunha, quando, de fato, é investigado. O agir antiético do Estado só aumenta o quadro de desigualdade (processual) e contra este é que se deve insurgir.

Analisando o processo penal à luz da Teoria dos Jogos, ROSA (2014) argumenta que as partes devem agir com lealdade, evitando o que define como *doping* processual, apto a deslegitimar os provimentos judiciais dele decorrentes, sob pena de inevitável invalidação, por vício de nulidade.

Enquanto legitimado para o exercício do direito de punir, o Estado deve ser o primeiro a garantir, por meio de seus agentes, que as formalidades e as garantias individuais sejam respeitadas, assegurando, portanto, a ética na apuração (processamento ou julgamento) de infrações de natureza penal.

¹ Sobre o perfil da população carcerária brasileira: “Os presos do sistema penitenciário brasileiro são majoritariamente jovens, negros, pobres e de baixa escolaridade, aponta o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen), divulgado nesta terça-feira, 23, pelo Ministério da Justiça” (disponível em: < http://www.em.com.br/app/noticia/nacional/2015/06/23/interna_nacional,661171/levantamento-aponta-que-maioria-dos-presos-no-brasil-sao-jovens-negro.shtml > último acesso em 02 de abr 2016).

Assim considerando, esta pesquisa estudará o tratamento doutrinário dado ao direito ao silêncio ou *nemo tenetur se detegere*, com referência a alguns julgados relevantes dos Tribunais Superiores, enquanto um dos limites impostos pela Constituição da República ao exercício do poder investigatório (punitivo) pelo Estado, para que violações ao patrimônio jurídico das pessoas sejam evitadas e a fundamental e tão sonhada democratização do processo penal.

1 DO DIREITO AO SILÊNCIO OU DEFESA PESSOAL NEGATIVA (*NEMO TENETUR SE DETEGERE*)

1.1 DO DIREITO À AMPLA DEFESA E SUA RELEVÂNCIA PARA A IGUALDADE PROCESSUAL

Inicialmente, há que se contextualizar o direito ao silêncio no âmbito do direito à ampla defesa e, portanto, do devido processo legal, previsto na Carta Magna e que abarca ainda o princípio do contraditório.

O Direito à ampla defesa se divide em defesa técnica e pessoal. A defesa técnica é obrigatória e estabelece a assistência jurídica ao investigado/acusado por pessoa habilitada ao exercício da advocacia (seja na condição de defensor constituído, defensor público ou defensor dativo nomeado pelo Estado/União²), sendo que sua ausência gera a nulidade absoluta dos atos praticados.

Qual seria então a principal finalidade de exigir-se que o sujeito passivo da investigação criminal ou do processo penal seja assistido por defensor tecnicamente capacitado? Busca-se o equilíbrio de forças entre a acusação (exercida pelo Ministério Público, órgão com estrutura física e com pessoal devidamente capacitados) e a defesa. Nesse sentido:

A justificação da defesa técnica decorre de uma *esigenza di equilibrio funzionale* entre defesa e acusação e também de uma acertada *presunção de hipossuficiência* do sujeito passivo, de que ele não tem conhecimentos necessários e suficientes para resistir à pretensão estatal, em igualdade de condições técnicas com o acusador. Essa hipossuficiência leva o imputado a uma situação de inferioridade ante o poder da autoridade estatal encarnada pelo promotor, policial ou mesmo juiz. Pode existir uma dificuldade de compreender o resultado da atividade desenvolvida na investigação preliminar, gerando uma absoluta intranquilidade e

² Em que pese a Constituição da República ter imposto aos Estados, ao Distrito Federal e a União a criação de Defensorias Públicas, a realidade ainda apresenta um déficit na distribuição de defensor público para cada cidadão. Para mais detalhes, vide: <http://www.ipea.gov.br/sites/mapadefensoria/deficitdedefensores>. Último acesso em 05 abril 2016.

descontrole. Ademais, havendo uma prisão cautelar, existirá uma impossibilidade física de atuar de forma efetiva (LOPES JR, 2014, p. 224).

A *par conditio* tem fundamental relevância para que se fale em processo penal democrático, haja vista que qualquer tratamento assimétrico entre defesa e acusação deve ser evitado pela autoridade judicial, a qual, por imperativo constitucional, será sempre imparcial (ou seja, alheia ao interesse das partes).

Considerando que o sistema de investigação preliminar é muito concentrado na figura da autoridade policial ou administrativa, parcela relevante da doutrina defende que o ideal, em respeito ao direito à igualdade, seria que após a conclusão das apurações e antes da promoção da denúncia, fosse permitido à defesa técnica que tivesse ciência dos fatos investigados e o direito a contraditório (NEREU, 2014).

A defesa técnica, portanto, configura condição indispensável para que um processo se adeque ao conjunto de valores consagrados pelo Estado de Direito, dentre os quais, o respeito ao devido processo legal, satisfazendo assim o interesse público na correta apuração do delito, cuja prática é atribuída a alguém. Nenhuma sociedade ficaria segura, caso o Estado ignorasse as garantias processuais e se valesse de arbitrariedades no exercício de suas atividades persecutórias e investigatórias.

1.2 DA OBSERVÂNCIA DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA NA FASE DE INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR

Dizer que no âmbito da investigação preliminar não há obrigatoriedade de respeito ao contraditório e à ampla defesa, no sentido de que essas garantias processuais devem ser desconsideradas em nome do sucesso das investigações, não é de toda verdade. Em que pese posicionamento mais conservador em sentido contrário, considera-se mais alinhado à nova ordem constitucional o entendimento, segundo o qual, a ampla defesa e o contraditório devem ser observados na fase de investigação preliminar.

O cidadão investigado ou indiciado nos autos de procedimento investigatório é acusado, na acepção ampla da palavra, a qual abrange tanto a acusação formal que deflagra a persecução penal em juízo, quanto a acusação informal que constitui o objeto da investigação. Logo, o artigo 5º, LV, da Carta Política se aplica também ao investigado (MALAN, 2009, p. 157).

Na linha do posicionamento doutrinário mencionado acima e ao qual se filia, vale mencionar o teor da súmula vinculante de nº 14 do Supremo Tribunal Federal (que determina o acesso do defensor aos elementos de informação documentados e colhidos durante a

investigação), bem como a recente entrada em vigor da lei nº 13.245 de 12 de janeiro de 2016, responsável pela alteração ao artigo 7º do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, a qual estabelece a obrigatoriedade de assistência jurídica àquele que é submetido a investigação criminal, dentre outras novidades.

Sobre o advento da lei nº 13.245/2016, mesmo diante das alterações por ela produzidas e da exigência de maior acesso da defesa aos autos de investigação conduzida pela autoridade policial ou ministerial, não se pode sentenciar que se acabou com a inquisitorialidade característica dessa etapa pré-processual:

Não, definitivamente, não. Primeiramente porque o que demarca o sistema inquisitório ou acusatório é a gestão da prova nas mãos de quem decide (acúmulo de funções). Em se tratando de sistema processual, a figura do juiz-ator, com poderes para determinar a produção de provas de ofício, é a marca característica do sistema inquisitório. Já a figura do juiz espectador e a gestão da prova nas mãos das partes, funda o sistema acusatório. Sobre isso já falei a exaustão sendo desnecessário problematizar acerca de tradicionais reducionismos (LOPES JR, 2016).

Malgrado essa advertência, quanto à inquisitorialidade da fase pré-processual (que não obsta o respeito, ainda que ao estritamente necessário, às garantias do devido processo legal), há que se superar o discurso ultrapassado, bem como a prática, fiel ao período autoritário vivido pelo país antes da aprovação do Texto Constitucional de 1988, de que o investigado não é titular de direitos:

No inquérito policial, a defesa técnica está limitada, pois limitada está a defesa como um todo. Ainda que o direito de defesa tenha expressa previsão constitucional, como explicamos anteriormente, na prática, a forma como é conduzido o inquérito policial quase não deixa espaço para a defesa técnica atuar no seu interior. Por isso, diz-se que a defesa técnica na fase pré-processual tem uma atuação essencialmente exógena, através do exercício do *habeas corpus* e do mandado de segurança, que, em última análise, corporificam o exercício do direito de defesa *fora* do inquérito policial. Dentro do inquérito basicamente só existe a possibilidade de solicitar diligências, nos estreitos limites do art. 14 do CPP. Contudo, é errado dizer-se que não existe direito de defesa no inquérito. Existir, existe, desde 1941, ainda que não tenha a eficácia que a Constituição exija (LOPES JR, 2014, p. 226).

1.3 DA AUTODEFESA E O *NEMO TENETUR SE DETEGERE*

O direito de defesa ou a garantia da ampla defesa possui a seguinte estrutura, segundo a doutrina:

A garantia da ampla defesa se divide em defesa técnica (pública) e autodefesa (privada). Esta é exercida pessoalmente pelo acusado (ou investigado), o qual, caso queira, pode declarar ou não sua versão dos fatos (interrogatório judicial ou

extrajudicial), bem como, contribuir ou não com a atividade probatória (DIAS, 2016, p. 102).

Por sua vez, a autodefesa pode ser manifestada de forma positiva ou negativa pelo acusado ou investigado. A autodefesa positiva é basicamente exercida no ato do interrogatório judicial e se caracteriza pelo agir positivo do interrogado, por meio de declarações prestadas à autoridade judiciária, ministerial ou policial. Além mais, o suspeito ou acusado pode fornecer material genético, datilográfico, participar de reconstituições e etc.

A autodefesa negativa se revela quando o investigado ou acusado se nega a colaborar com as investigações, justamente por não ser obrigado a produzir prova contra si mesmo, bem como quando se nega a fornecer declarações durante o ato de interrogatório judicial ou extrajudicial, permanecendo em silêncio.

O princípio do *nemo tenetur se detegere* que, em tradução livre, dispõe que ninguém é obrigado a revelar-se, possui assento constitucional no artigo 5º, LXIII, quando estabelece que a pessoa presa será informada de seus direitos, dentre os quais, o de manter-se em silêncio. Apesar de o Texto Constitucional se referir à pessoa que se encontra sob custódia do Estado, ainda que provisória, o Supremo Tribunal Federal há tempos estende a aplicação do princípio a toda e qualquer pessoa, independente de seu *status libertatis*.

Nos termos do Acórdão ementado, o Supremo Tribunal Federal aplica o artigo 5º, LXIII, da Constituição da República de forma abrangente, para reconhecer o direito ao silêncio à pessoa que não está presa:

(...) Qualquer indivíduo que figure como objeto de procedimentos investigatórios policiais ou que ostente, em juízo penal, a condição jurídica de imputado, tem, dentre as varias prerrogativas que lhe são constitucionalmente asseguradas, o direito de permanecer calado. "Nemo tenetur se detegere". Ninguém pode ser constrangido a confessar a pratica de um ilícito penal. O direito de permanecer em silêncio insere-se no alcance concreto da cláusula constitucional do devido processo legal. e nesse direito ao silencio inclui-se até mesmo por implicitude, a prerrogativa processual de o acusado negar, ainda que falsamente, perante a autoridade policial ou judiciária, a pratica da infração penal (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 68929, 1991).

Além mais, parte considerável da doutrina, valendo-se do disposto no artigo 8.2, g, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que se volta a toda pessoa, não vê motivos para que o princípio que veda a autoincriminação se aplique tão somente a pessoa que se encontra presa (LOPES JR, 2014). A isso, acrescenta-se o disposto no artigo 186 do Código de Processo Penal, com a nova redação que lhe foi dada após a reforma legislativa de 2008.

Referido princípio funciona, assim, ao mesmo tempo, como um direito fundamental da pessoa e ainda como “uma garantia: garantia da liberdade de autodeterminação do cidadão” (MELCHIOR; CASARA, 2013, p. 472).

Para tanto, sob pena de invalidade do ato, o sujeito passivo da investigação ou do processo deve ser cientificado pela autoridade responsável sobre a possibilidade de exercer o direito ao silêncio (ou de não colaborar, seja de que maneira, com a investigação da qual é alvo). Essa advertência é fruto de exigência constitucional, legal e convencional, devendo constar dos autos.

Segundo relevante posicionamento doutrinário, ao adotar a regra que impede que alguém seja compelido a se autoprejudicar criminalmente, o Estado brasileiro adotou modelo divorciado do que se pode chamar de autoritário:

Oposto ao modelo autoritário está o modelo democrático, em que o indivíduo não perde sua condição de sujeito na relação processual. Ele não é o objeto da investigação, mas um ator em igualdade de condições com a parte acusatória. Aqui, a liberdade do indivíduo é anteposta aos interesses repressivos, tomando-se a garantia de não se autoincriminar como barreira intransponível na instrução probatória por parte da acusação. Por conseguinte, o sistema resultante será fundamentalmente garantista e, por isso, intimamente conectado aos pressupostos que estruturam o Estado Democrático de Direito (BOTTINO, 2009, p. 574).

1.4 A TESTEMUNHA E O DIREITO AO SILÊNCIO

Entretanto, para que referido direito fundamental seja inequivocamente respeitado, necessário que a pessoa saiba em qual condição prestará seus esclarecimentos às autoridades judiciárias ou policiais. Na ordem constitucional vigente não há mais espaço para que o Estado se valha de medidas soturnas, antiéticas e arbitrárias no sentido de induzir alguém ao erro de autoincriminar-se, como ocorre nos casos em que a pessoa é intimada para prestar depoimentos na qualidade de testemunha ou informante, quando, na real, é suspeita da prática de crime e, portanto, investigada.

Não se pode compactuar com esse tipo de conduta sub-reptícia, devendo a autoridade agir sempre respaldada na legalidade e na constituição (que constitui a ação dos agentes políticos), tratando a pessoa investigada como titular de direitos e não como um ser coisificado.

Doutra banda, não se ignora que, fora das hipóteses de má-fé da autoridade interrogadora, a situação jurídica da pessoa convocada para depor pode alterar-se no curso do ato procedimental, momento em que a Autoridade deve, atenta ao que se passa, advertir o declarante de seu direito ao silêncio, bem como de constituir advogado:

Embora a convocação da pessoa seja para depor na qualidade de testemunha, essa situação poderá ser apenas aparente e fictícia ou, mesmo sincera, no decorrer da inquirição, poderá alterar-se a situação de testemunha para suspeito. O conteúdo das perguntas é que informará a finalidade. Quando o conteúdo delas for incriminatório, próprio da inquirição de um suspeito ou acusado, aplica-se o *nemo tenetur* e o direito ao silêncio ao depoente (GIACOMOLLI, 2014, p. 199).

O princípio do *nemo tenetur se detegere* traz obrigações ao órgão do Ministério Público também, na medida em que mencionada instituição, essencial ao Estado de Direito, exerce tanto o papel de fiscal da constitucionalidade (legalidade)³, como de parte (titular da ação penal) ou de autoridade investigadora (enquanto responsável pela condução da investigação preliminar, independente da atuação policial).

Atenta a essa atuação ministerial, bem como de outras autoridades administrativas, a doutrina vem ponderando que:

Seguidas decisões do Supremo Tribunal Federal têm assegurado o direito silêncio ao suspeito intimado a depor na qualidade de testemunha. A fim de evitar manobras tendentes a obstaculizar a utilização do direito ao silêncio, chega-se, inclusive, a sustentar que o direito ao silêncio incide também nas declarações tomadas de suspeitos, indiciados e testemunhas, perante as Comissões Parlamentares de Inquérito. Assim como em declarações e depoimentos prestados em sindicâncias e processos administrativos, sejam eles realizados por autoridades do Poder Executivo, Legislativo ou Judiciário. É que a autoincriminação poderá ocorrer em qualquer declaração ou depoimento, prestado em sede administrativa, legislativa ou judicial, penal ou extrapenal (SAAD, 2009, p. 427).

Nesse pensamento, se determinada pessoa é ouvida como testemunha pela autoridade policial, sem que tenha sido advertida de seu direito de permanecer calada ou de constituir defensor para acompanhar-lhe no ato, o Ministério Público não pode, simplesmente, denunciar referido depoente. Explica-se. O Ministério Público pode enxergar indícios de que aludida pessoa cometeu crime e, em razão disso, merece ser denunciada. Ocorre que o *Parquet* deve, à luz do *nemo tenetur se detegere*, intimar a agora suspeita da prática do crime para que preste novos esclarecimentos e, desta feita, com a advertência de que não é obrigada a produzir meios de prova contra si mesma.

Além disso, as declarações efetivamente prestadas por aquela que desconhecia sua real condição de suspeito da prática de crime com capacidade para a autoincriminação, além de possível contaminação da autoridade julgadora, geram o indesejado desequilíbrio processual, por conta do tratamento desigual fornecido às partes (ausência de informação).

³ Ainda que parcela respeitável da doutrina conceba o Ministério Público como verdadeira parte interessada no processo penal, portanto, parcial (KARAM, 2009).

Assim, ciente de que não é obrigado a colaborar com as investigações, sempre que isso lhe gerar prejuízo pessoal, o investigado pode decidir pelo seu comparecimento ou não à audiência judicial ou extrajudicial, posto que uma das implicações do exercício do *nemo tenetur se detegere*, não se podendo falar em revelia no processo penal:

A contumácia ou revelia, como explica Delmanto Junior, é carregada de conotação negativa, extremamente pejorativa, significando ultraje, desdém, ilícito, rebeldia etc.; daí por que, como afirma o autor, “sua aplicação afigura-se, por si só, totalmente incompatível com a concepção de que não há como dissociar a inatividade do acusado, de um lado, do exercício dos direitos a ele constitucionalmente assegurados da ampla defesa e do silêncio, de outro”. Não existe censura ou verdadeiro prejuízo jurídico em relação à conduta do réu que, por exemplo, não comparece ao interrogatório ou não permite que se lhe extraia material genético para realização de perícia (LOPES JR, 2016).

Logo, não há que se analisar os direitos fundamentais de forma divorciada, pois, o prejuízo a um, acarretará, invariavelmente, o comprometimento a outro. Nesse diapasão:

Sem tratamento isonômico das partes, é impossível existir processo justo (*fair hearing*). O princípio enuncia que as partes devem ser tratadas com igualdade na medida em que as semelhanças as aproximem e de forma desigual sempre que as diferenças concretas/estruturais as distanciem, tudo direcionado para que o autor e réu gozem de igualdade concreta de tratamento pelo órgão julgador (MELCHIOR; CASARA, 2013, p. 339).

Felizmente, a busca por um processo penal mais igualitário e a necessidade de repelirem-se ofensas ao devido processo legal vêm ecoando na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, especialmente, em relação à sua Quinta turma (STJ - RHC 30.302/SC, Rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 25/02/2014, DJe 12/03/2014 e STJ - HC: 249330 PR 2012/0153144-0, Relator: Ministro Jorge Mussi, Data de Julgamento: 12/02/2015, T5 - Quinta Turma, Data de Publicação: DJe 25/02/2015), reafirmando a importância de a investigação seja conduzida em perfeita consonância com a Constituição da República.

2 DA NECESSIDADE DE DEMOCRATIZAÇÃO DO PROCESSO PENAL

2.1 DA PROCEDÊNCIA INQUISITÓRIA DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL BRASILEIRO

As inquietações manifestadas acima (no que tange à violação de direitos fundamentais, *in casu*, o direito ao *nemo tenetur se detegere*, primordialmente) vão além da mera discussão acadêmica. Para além do debate doutrinário, deve-se encampar a luta pela

democratização do processo penal brasileiro, o qual, apesar do Texto Constitucional de 1988, segue atrelado às suas raízes autoritárias.

O Código de Processo Penal brasileiro, aprovado em 1941, durante o Estado Novo, possui inequívoca pertinência com o regime autoritário então vigente na Itália, que era presidida por Mussolini, ditador responsável por liderar o fascismo naquele país. Da lavra do Ministro da Justiça e Negócios Interiores Francisco Campos, a Exposição de Motivos do Código de Processo Penal traz expressa referência a Arturo Rocco, um dos inspiradores do Código Penal Italiano de 1930, marcadamente autoritário.

Arturo Rocco, além de jurista e professor universitário, era procedente do nacionalismo de direita e um dos maiores defensores do agigantamento do Estado perante o indivíduo (este enquanto nada, aquele na condição de tudo).

O Código de Processo Penal de 1941 conferia (e ainda o faz, apesar das reformas parciais já operadas em seu texto originário) ao juiz um conjunto de poderes instrutórios, o papel de protagonista, o poder de iniciar ações penais de ofício (dito procedimento judicialiforme), a autoridade para condenar o acusado, mesmo que a parte autora tenha pedido a absolvição, convertendo a figura do magistrado em mero sancionador do direito de punir.

Sobre o tema, destaca-se o ensinamento de Geraldo Prado (2014, p. 30):

A categoria verdade material e as influências recíprocas entre direito material e direito processual penal, da obrigatoriedade da ação penal pública à pretensão (retórica) de castigar todos os autores de crimes e assim afirmar a razão de estado sobre a razão individual, contrária à norma penal, instilaram o fluído ideológico que se espalhou pela doutrina e jurisprudência brasileiras e passou a ser o vocábulo obrigatório do discurso jurídico sobre prova e verdade.

Não é nenhum exagero afirmar que o Código de Processo Penal de 1941 é fiel à doutrina fascista e, por conta disso, inquinado de autoritarismo e de inquisitorialidade, não sendo compatível com a atual ordem constitucional. Dessa forma, “um devido processo legal (constitucional) é incompatível com o sistema do CPP, de todo inquisitorial” (COUTINHO 2009, p. 254).

A opção política do Código de Processo Penal de 1941 não foi pela garantia do status libertatis, pelo contrário. Basta ver-se que boa parte das prisões provisórias decretadas ao longo dos anos no país leva em consideração o risco de ofensa à garantia da ordem pública, até hoje sem conceito claro e de difícil concretização.

(...) Os fascistas talvez não soubessem o que queriam, mas sabiam muito bem o que não queriam. Não queriam, em uma palavra, a democracia, entendida como laborioso e difícil processo de educação na liberdade, de governo através do controle

e do consenso, de gradual e sempre contestada substituição da força pela persuasão... (BOBBIO, 2007, p. 29).

2.2 O PROCESSO PENAL DEMOCRÁTICO VIA CUMPRIMENTO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Na sequência do que se disse acima, para que se cumpra com as conquistas políticas advindas com a Constituição da República de 1988, faz-se necessário superar o defasado e inservível Código de Processo Penal, posto que impregnado de preceitos autoritários (dentre outros, seu artigo 198), partindo-se para a democratização do processo penal.

Só haverá processo penal democrático se se impuser limites ao exercício do direito de punir por parte do Estado. “Só há Estado democrático de direito se existir democracia substancial, isto é, se além do sufrágio universal, também se fizer presente o respeito aos direitos e garantias fundamentais” (MELCHIOR; CASARA, 2013, p. 23).

Essa nova e necessária compreensão do Estado como Democrático e de Direito, além de conduzir a uma leitura democrática do processo penal, fará com que os sujeitos processuais também revejam suas respectivas atuações. Trata-se de uma reeducação que afetará juízes, promotores, delegados, defensores e fundamentalmente a sociedade. Mais. O desapego a valores antidemocráticos repercutirá em todos os Poderes da República.

Relevante a leitura feita pelo jurista italiano Luigi Ferrajoli (2011, p. 26) acerca do assunto, merecendo colação:

Daqui a conotação substancial colocada pelos direitos fundamentais ao Estado de direito e à democracia constitucional. São, em verdade, justamente substanciais, isto é, relativas não à forma (ao quem e ao como), mas à substância ou o conteúdo (ao que coisa) das decisões (ou seja, ao que não é lícito decidir ou não decidir), as normas que prescrevem – além das, e talvez, contra as, contingentes vontades das maiorias – os direitos fundamentais: sejam aqueles de liberdade que impõem proibições, sejam aqueles sociais que impõem obrigações ao legislador. Disso resulta desmentida a concepção corrente de democracia como sistema político fundado sobre uma série de regras que asseguram a onipotência da maioria. Se as regras sobre a representação e sobre o princípio da maioria são normas formais sobre aquilo que pela maioria é decidível, os direitos fundamentais prescrevem aquilo que podemos chamar de a esfera do indecidível: do não decidível que, ou seja, das proibições correspondentes aos direitos de liberdade, e do não decidível que não, das obrigações públicas correspondentes aos direitos sociais.

Nessa linha de raciocínio, Estado Democrático é aquele em que se dá o respeito aos direitos fundamentais, independentemente do interesse majoritário de sua população. Não há democracia onde não se respeita os direitos fundamentais politicamente conquistados.

A esse ponto, considerando-se o papel desempenhado pelos direitos fundamentais no Estado Democrático, recorre-se o magistério de Ingo Wolfgang Sarlet (2012, p. 61):

A imbricação dos direitos fundamentais com a ideia específica de democracia é outro aspecto que impede seja ressaltado. Com efeito, verifica-se que os direitos fundamentais podem ser considerados simultaneamente pressuposto, garantia e instrumento do princípio democrático da autodeterminação do povo por intermédio de cada indivíduo, mediante o reconhecimento do direito de igualdade (perante a lei e de oportunidades), de um espaço de liberdade real, bem como por meio da outorga do direito à participação (com liberdade e igualdade), na conformação da comunidade e do processo político, de tal sorte que a positivação e a garantia do efetivo exercício de direitos políticos (no sentido dos direitos de participação e conformação do *status* político) podem ser considerados o fundamento funcional da ordem democrática e, neste sentido, parâmetro de sua legitimidade.

A democratização do processo penal brasileiro perpassa, indubitavelmente, pela reafirmação do modelo ou sistema acusatório, disposto na Constituição da República, ainda que de forma tácita, atribuindo-se tratamento igualitário às partes e quebrando o panorama em que o protagonismo judicial impera. Ora, no sistema acusatório, a gestão da prova se encontra a cargo das partes. Se o magistrado assume esse papel de gestor, ele desequilibra a relação processual, desvirtuando sua atuação, qual seja, a de funcionar como terceiro desinteressado.

Segundo José de Assis Santiago Neto (2012, p. 141), essa almejada democratização virá à medida que a desigualdade ou o desequilíbrio entre as partes do processo for devidamente extirpado(a):

O Estado Democrático de Direito exige que as partes e o juiz sejam colocadas em posição de isonomia, atuando de forma conjunta, participativa, na construção da decisão. Isso somente se conseguirá com a adoção de um modelo constitucional de processo que coloque o juiz e as partes em posição isonômica, de forma que todos sejam responsáveis pelo resultado do provimento, atuando de forma conjunta com iguais oportunidades de falta e de atuação.

Assim, essa humanização, essa democratização do processo e do Estado é um caminho necessário para que se dê efetiva eficácia aos direitos fundamentais individuais e sociais.

CONCLUSÃO

O direito ao silêncio, enquanto garantia que veda a obrigatoriedade de alguém produzir prova contra si mesmo, encontra guarida constitucional e convencional, sendo fundamental para a distinção entre Estados Totalitários e Democráticos. Afinal, como se disse

acima, na democracia substancial, ou seja, para além do exercício do sufrágio, há constante preocupação com o respeito aos direitos fundamentais.

Em respeito a essa característica e para que não se quebre o desequilíbrio processual é imprescindível que os sujeitos processuais tenham plena consciência de suas limitações, atribuições, competências e deveres. O processo penal não pode servir como meio de expiação, como forma de coisificação da pessoa humana.

Um processo penal desigual, e aqui vale destacar que a maioria dos feitos decorre de investigações criminais ou administrativas, não cumpre com o seu papel constitucional, quando se afasta da ética, da legalidade e da obediência aos direitos fundamentais.

Buscou-se com este trabalho analisar a problemática em torno da desconsideração dos direitos afetos fundamentais àquele que é sujeito passivo de investigação ou de processo criminal, com destaque para o *nemo tenetur se detegere* e a igualdade processual, reforçando-se a importância de que o processo seja meio para a aplicação ou não do direito penal ao caso concreto.

Por fim, reforçou-se a necessidade da feitura de questionamentos sobre a desconformidade constitucional do Código de Processo Penal brasileiro, ante sua sintonia quase que filial ao Código Penal Italiano da década de 30, ou seja, de cunho fascista, para que a busca pela concretização do sistema ou modelo acusatório proposto pela Constituição da República seja realmente alcançada, democratizando-se e se humanizando o processo penal pátrio, deveras longe do ideal.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **Do Fascismo à Democracia**: os regimes, as ideologias, os personagens e as culturas políticas. Tradução Daniela Versiani. – Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

BORRI, Luiz Antonio; SOARES, Rafael Junior. A extração não compulsória de DNA para fins criminais e o direito ao silêncio. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo, ano 23, nº 272, p. 3-5, jul. 2015.

BOTTINO, Thiago. A doutrina brasileira do direito ao silêncio: o STF e a conformação do Sistema Processual Penal Constitucional. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo (Orgs). **Processo Penal e Democracia**: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

BRASIL, Jus. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no Habeas Corpus n. 68.929/SP. Relator: MELLO, Celso de. Publicado no DJ de 28-08-1992. Disponível em: <

<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/751543/habeas-corpus-hc-68929-sp>>. Acessado em: 04 abr 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Habeas Corpus n. 30.302/SC. Relatora: VAZ, Laurita. Publicado no DJE de 25-02-2014. Disponível em: <<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:superior.tribunal.justica;turma.5:acordao;rhc:2014-02-25;30302-1335144>>. Acessado em: 31 jul 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão no Habeas Corpus n. 249330/PR. Relator: MUSSI, Jorge. Publicado no DJE de 25-02-2015. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/178150906/habeas-corpus-hc-249330-pr-2012-0153144-0>>. Acessado em 05 de abr de 2016.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Um devido processo legal (constitucional) é incompatível com o sistema do CPP, de todo inquisitorial. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo (Orgs). **Processo Penal e Democracia**: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

DIAS, Paulo Thiago Fernandes. As garantias da ampla defesa e do contraditório: uma necessária leitura constitucional e convencional contra o arbítrio no processo penal. In: GIACOMOLLI, Nereu José; SCHNEIDER, Nathalia Beduhn; SCARTON, Carolina Llantada Seibel (Orgs). **Processo Penal Contemporâneo em Debate**. Florianópolis: Emporio do Direito, 2016.

FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais**. Trad. Alexandre Salim, Alfredo Copetti Neto, Daniela Cademartori, Hermes Zaneti Júnior, Sérgio Cademartori. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica**. – São Paulo: Atlas, 2014.

KARAM, Maria Lucia. O direito à defesa e a paridade de armas. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo (Orgs). **Processo Penal e Democracia**: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. – 11ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **Lei 13.245/2016 não acabou com o caráter "inquisitório" da investigação**. Publicado na Revista Consultor Jurídico, 29 de jan. de 2016, 10h38m Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-jan-29/limite-penal-lei-132452016-nao-acabou-carater-carater-inquisitorio-investigacao>. Último acesso em 05 abr. 2016.

_____. **De qualquer lado que se olhe, revelia é incompatível com o processo penal**. Publicado na Revista Consultor Jurídico, 08 de abr. de 2016, 8h00 Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-abr-08/limite-penal-revelia-incompativel-processo-penal>. Último acesso em 08 abr. 2016.

MALAN, Diogo. Defesa técnica e seus consectários lógicos na Carta Política de 1988. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo (Orgs). **Processo Penal e Democracia: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MELCHIOR, Antonio Pedro; CASARA, Rubens R R. **Teoria do processo penal brasileiro: dogmática e crítica, vol. I: conceitos fundamentais**. – Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013.

MORO, Sergio Fernando. **O problema é o processo**. Publicado na página 2 de O Estado de S. Paulo, edição de domingo, 29 de março de 2015. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/o-problema-e-o-processo/>>. Acesso em 05 jun. 2015.

PRADO, Geraldo. **Prova penal e sistema de controles epistêmicos: a quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por métodos ocultos**. - 1ª ed. – São Paulo: Marcial Pons, 2014.

ROSA, Alexandre Morais da. **Doping no processo penal ou complexo de Lance Armstrong**. Publicado na Revista Consultor Jurídico, 11 de jan. de 2014, 8h00 Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-jan-11/diario-classe-doping-processo-penal-ou-complexo-lance-armstrong>. Último acesso em 05 abr. 2016.

SAAD, Marta. Direito ao silêncio na prisão em flagrante. In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo (Orgs). **Processo Penal e Democracia: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SANTIAGO NETO, José de Assis. **Estado Democrático de direito e processo penal acusatório: a participação dos sujeitos no palco processual**. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. – 11ª ed. rev. atual. - Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.