

O Princípio do *nemo tenetur se detegere* (inexigibilidade de produção de provas contra si) e o Interrogatório Judicial

MONITOR: Leonardo Costa de Paula

ORIENTADOR: Rodrigo Machado Gonçalves

Sumário

1 Introdução

2 Sistemas processuais penais

2.1 Inquisitório

2.2 Acusatório

3 Principiologia Constitucional Processual Penal

3.1 Contraditório e Ampla Defesa

3.2 Inocência ou não-culpabilidade

4 Natureza Jurídica do Interrogatório à luz da Lei 10.792/03

5 Princípio do *nemo tenetur se detegere*

5.1 Decreto 678 e O Pacto de São José da Costa Rica

5.2 Direito ao Silêncio (artigos 186 e 188 do Código de Processo Penal)

6 Conclusão

1 Introdução

Para que seja esclarecida a importância do tema em voga, é necessário ser feita a distinção básica dos sistemas processuais penais: o inquisitivo e o acusatório. Em seguida será apresentada a principiologia referente ao assunto, tratando acerca da natureza jurídica do interrogatório, em poucas linhas.

Depois será falado do princípio do *nemo tenetur se detegere* propriamente dito, demonstrando sua previsão legal e erigição a norma constitucional. Mostrando seu nexos com o princípio da inocência e, por fim, concluindo.

2 Sistemas Processuais Penais

2.1 Inquisitório:

O Sistema Processual Penal Inquisitório é aquele no qual o próprio juiz detém as funções: de acusar, julgar e defender. Tal fato impossibilita a atuação imparcial do juiz, pois ele não iniciaria o processo sem já ter formado um juízo de valor prévio.

As características do Sistema Inquisitivo são:

- a) três funções concentradas na pessoa do juiz;
- b) processo sigiloso;
- c) ausência de contraditório e ampla defesa; e
- d) adoção do sistema da prova legal ou tarifada (nos moldes da Santa Inquisição).

Do supra aludido, pode-se afirmar não existir a formação do *trium actum personarum*, assim, estão presentes na relação jurídica processual apenas o juiz e o réu. Nesse sistema, não há necessidade de provocação das partes, pois o juiz inicia de ofício o processo, fazendo com que o réu seja apenas um objeto, o afastando da condição de sujeito.

2.2 Acusatório:

O sistema acusatório apresenta características distintas do anteriormente explicado, nele há a nítida separação das funções processuais, possibilitando que exista um juiz inerte, o qual só se manifestará se provocado.

O *dominus litis* passa a ser o órgão atribuído da função acusatória e ao réu se asseguram direitos dos quais era cerceado, podendo desconstituir as alegações contidas na peça inicial, pois o ônus da prova é plenamente do autor.

O sistema processual penal adotado pelo legislador constituinte brasileiro foi o sistema acusatório na sua acepção “pura”, em decorrência da previsão do artigo 129, inciso I, da CRFB/88, a qual incumbe ao Ministério Público, privativamente, e como regra, o exercício do direito de ação.

Dessa forma, são características do sistema acusatório:

- a) clara separação das funções de acusar, julgar e defender
- b) processo regido pelo princípio da publicidade dos atos processuais;
- c) imparcialidade do órgão acusador;
- d) presença dos princípios do contraditório e da ampla defesa;
- e) sistema de relativização do valor das provas.

3 Principiologia

3.1 Princípios do Contraditório e Ampla Defesa:

Diferentemente das Constituições anteriores, a presente Constituição da República uniu os dois princípios em um único dispositivo, e sua interpretação não pode se fazer isoladamente. Para que o princípio da ampla defesa se efetive, é estritamente necessário que o do contraditório seja respeitado, sendo ele corolário do primeiro.

O princípio do Contraditório assegura às partes a possibilidade de se manifestarem.

A ampla defesa se perfaz pela possibilidade do exercício da auto-defesa e da defesa técnica. A auto-defesa é exercida pelo próprio acusado no interrogatório, ou seja, se efetiva pelo direito de manifestação do réu, diretamente, ao Juiz.

A defesa técnica é exercida privativamente por advogado habilitado, devendo ser exercida em todos os atos processuais desde sua instauração. Materializa-se quando da inquirição do próprio cliente ou assistido durante o interrogatório, e, ainda, nas peças processuais apresentadas.

3.2 Princípio da Inocência:

Expressamente consagrado no inciso LVII do artigo 5º da CRFB/88¹, este princípio carrega um duplo sentido: primeiro, o réu não é obrigado a fornecer provas de sua inocência; segundo, o qual impede que medidas restritivas sejam adotadas contra ele, exceto em casos de extrema necessidade (quando preenchidos os pressupostos e requisitos de incidência cautelar). Por este princípio, entende-se que o réu não será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

4 Natureza Jurídica do Interrogatório à Luz da Lei 10.792/03

Mesmo com o advento da Lei 10.792/03, que modificou alguns artigos da Lei de Execuções Penais e do Código de Processo Penal, com ênfase aos artigos referentes ao interrogatório (artigos 186; 188, e seguintes), ainda persiste grande discussão doutrinária acerca da natureza jurídica do interrogatório: se meio de prova e meio de defesa; fonte de prova e meio de defesa; ou, simplesmente meio de defesa.

Aqueles que entendem ser a natureza jurídica do interrogatório meio de prova e meio de defesa, justificam: o interrogatório se perfaz como meio de prova, por ser composto por afirmações fáticas que podem ser utilizadas para o convencimento do magistrado ao proferir a sentença; e meio de defesa, pois é momento no qual o réu exerce sua auto-defesa (tal explicação vale para as posições doutrinárias subseqüentes).

Contudo, os que consideram o interrogatório como fonte de prova e meio de defesa, afirmam que: há possibilidade de serem trazidas ao processo informações que podem ser utilizadas para formação do convencimento do magistrado.

Na verdade a diferença entre fonte de prova e meio de prova é inócua, pois o julgador utiliza-se da fonte de prova para exaurir o decreto condenatório da mesma forma.

¹ Assim considerado pelo Professor Aury Lopes Junior como o princípio reitor de todo o Processo Penal, na página 175 do seu livro *Introdução crítica ao processo penal: Fundamentos da instrumentalidade garantista*. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2004.

Assim, a melhor doutrina, a meu ver, defende ser o interrogatório apenas meio de defesa, pois ele é o momento no qual o acusado pode exercer seu direito à resistência, se auto-defendendo das alegações acusatorias, caso lhe seja conveniente. As informações coligidas aos autos neste momento processual não podem, portanto, serem utilizadas como prova.²

Com a modificação do artigo 188 do CPP, temos a possibilidade do Ministério Público (ou querelante) e da defesa fazerem perguntas após o interrogatório pelo magistrado, possibilitando sejam esclarecidos fatos contidos na denúncia, podendo, dessa forma, a defesa traçar sua linha defensiva na inquirição do seu cliente.

O interrogatório é a fase subsequente à denúncia (no rito comum ordinário). Assim, sua natureza jurídica deve ser, apenas, meio de defesa. Pensá-lo como meio, ou fonte, de prova, permite que o juiz atue como órgão acusador e se volte para a colheita de provas no processo, fato violador de sua imparcialidade (num sistema acusatorial “puro” e num Estado Democrático de Direito).

5 Princípio do *nemo tenetur se detegere*

Também conhecido por princípio da não auto-incriminação ou princípio da inexigibilidade de produção de prova contra si. Traduz-se literalmente por: nada a temer por se deter, é o pleno direito que o acusado tem de não produzir provas contra si.

O princípio aludido se coaduna, portanto, à obrigatoriedade que o órgão acusatorial tem de provar os fatos alegados na petição inicial do processo penal. Esse ônus é privativo do Ministério Público, no caso de ações penais públicas, ou ainda, do querelante, quando for o caso de ação penal de iniciativa privada.

O devido processo legal é o princípio no qual se inserem os direitos: à liberdade, à defesa, e a todas as garantias constitucionais democráticas, entre elas: o direito arrolado no parágrafo segundo do artigo 8º do Pacto de São José da Costa Rica – *direito ao silêncio*.

² Deve-se fazer ressalva à confissão, a qual, juntamente com as demais provas produzidas no curso da instrução probatória criminal, pode ser utilizada como meio de prova.

5.1 Decreto 678, O Pacto de São José da Costa Rica:

Artigo 8º, § 2º, alínea “g”, *in verbis*:

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

O Decreto 678 de 06 de Novembro de 1992 ratificou a Convenção Americana dos Direitos Humanos, mais conhecido como Pacto de São José da Costa Rica, incluindo sua observância ao direito pátrio.

Sob a égide do § 2º do artigo 5º da atual Constituição, entende-se que o rol dos direitos fundamentais elencados não é *numerus clausus*, sendo assim, por ele são erigidos outros direitos e princípios fundamentais além daqueles arrolados na Carta Maior, sendo o *nemo tenetur se detegere* incluído como garantia mínima de toda pessoa acusada.

5.2 Direito ao Silêncio (artigos 5º LXIII CRFB c/c 186 Código de Processo Penal):

Não se confunde o princípio do *nemo tenetur se detegere* com o direito ao silêncio. Apesar de indissociáveis, o direito ao silêncio é uma das decorrências do princípio da inexigibilidade de produção de provas contra si.

O direito ao silêncio é simplesmente o direito de ficar calado. É um reconhecimento da liberdade moral do acusado. O direito de se calar não se associa ao direito de mentir, pois este é atrelado à inexistência do dever de dizer a verdade, outra decorrência do *nemo tenetur se detegere*.

Há ainda hoje, um arraigado receio de que o silêncio será interpretado como manifestação de culpabilidade, o que internamente faz com que o acusado ou indiciado não opte por seu direito de se calar.

Dessa forma, em todos os interrogatórios realizados perante qualquer autoridade, deve ser resguardado o *nemo tenetur se detegere*, independentemente da esfera.

6 Conclusão

Para ilustrar a relevância do tema escolhido, exemplifica-se um caso fático no qual tive a oportunidade de trabalhar: um acusado, preso em estado de flagrância, teve seu pedido de liberdade provisória postergado até depois do interrogatório, por conta de promoção ministerial nesse sentido. A promoção acatada pelo juiz fez com que somente depois do interrogatório fosse deferido o requerimento defensivo. O magistrado “barganhou” a liberdade do acusado, pois esperou conseguir a confissão do réu para libertá-lo, quando todos os elementos permissivos da liberdade já tinham sido comprovados na instrução do pedido de liberdade provisória.

A atuação do magistrado, nesse caso, foi de buscar meios de prova em um sistema processual penal no qual deve se afastar totalmente dos atos de persecução.

Por tudo que foi esclarecido, atentando principalmente para a escolha constitucional pelo sistema processual penal acusatório “puro”, com incidência dos princípios do contraditório e da ampla defesa, pela interpretação teleológica da Constituição da República Federativa (artigo 5º, § 2º, CRFB/88), ainda, pela correta doutrina acerca da natureza jurídica do interrogatório, nota-se como medida de direito a observância do princípio do *nemo tenetur se detegere*, somente dessa forma poder-se-ia respeitar a vontade do legislador constituinte.

Para concluir o trabalho, nada mais apropriado que as palavras de Francesco Carnelutti:

“À solenidade, para não dizer à majestade, dos homens vestidos com a toga, contrapõe-se o homem encerrado na prisão. Não me esquecerei jamais da impressão que tive quando, pela primeira vez, ingressei numa sessão penal do Tribunal de Turim. Os profissionais com a toga pareciam estar acima do nível humano; já o réu, aprisionado como um animal perigoso, parecia abaixo desse mesmo nível. Sozinho, pequeno, ainda que fosse de estatura elevada, perdido, ainda que parecesse desinibido, necessitado ao extremo...”³

³ CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do processo penal*. Campinas: Edicamp, 2002.

Referências Bibliográficas:

BONATO, Gilson. *Devido processo legal e garantias processuais penais*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen juris, 2003.

CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do processo penal*. Campinas: Edicamp, 2002.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *As nulidades no processo penal*. 8.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. *O processo: Estudos & pareceres*. São Paulo: Perfil, 2006.

_____. Interrogatório do réu e direito ao silêncio. *Ciência penal: Doutrina, jurisprudência, legislação*. Ano III. n.1. São Paulo: Convívio, p. 14-31.1976

LOPES JR., Aury. *Introdução crítica ao processo penal: Fundamentos da instrumentalidade garantista*. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2004.

PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas. *Sistema acusatório: A conformidade constitucional das leis processuais penais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2005.

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

RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal volume 1*. 26. ed. rev.e atual. São Paulo: Saraiva, 2004.