

# A INTERPRETAÇÃO DO STF SOBRE O DIREITO AO SILÊNCIO E O CONTRADITÓRIO NO PROCESSO PENAL

*Prof. Marcos Marins Carazai, Advogado Criminal, Professor de Direito Penal, Direito Processual Penal, Prática Jurídica Penal da USJT; Professor de Direito Penal da Faculdade de Direito da PUC/SP; Professor Coordenador do Núcleo de Prática Jurídica Penal da Faculdade de Direito da PUC/SP e Professor de Cursos de Extensão e Especialização da COGEAE/PUC/SP.*

## **Resumo**

O direito ao silêncio, respaldado no artigo 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal de 1988, dirimiu as dúvidas que ainda pairavam quando o acusado resolvia não responder às perguntas do juiz, visto que, historicamente, durante o sistema inquisitivo, caso o réu silenciasse no interrogatório, teria contra si presumida a culpa pelo fato delituoso, em consequência da pena da confissão que o magistrado era obrigado a impor.

No entanto, com a mudança para o sistema acusatório, atualmente, aliado ao princípio da presunção de inocência, previsto no artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal, se o acusado não responder às perguntas do magistrado, este não poderá entender que houve confissão ficta ou presumida, tal como ocorria antigamente.

## **Palavras-chave**

Silêncio – Direito – Direito ao Silêncio – Presunção de Inocência

## **Abstract**

Right to silence, granted by article 5, incise LXIII of the 1988 Brazilian Federal Constitution, cleared up doubts still existing defendants decided not to answer questions by a judge, since – from the historical point of view and under

the inquisitive system, if defendants kept silence during questioning – they should be considered guilty due to confession punishment magistrates were forced to issue.

Nonetheless, with changes in the accusatory system, now connected with innocence presumption principle, granted by article 5, incise XVII of the Brazilian Federal Constitution, if defendants do not answer a magistrate's questions, the latter cannot understand there was a supposed confession as it used to happen before.

## **Keywords**

Silence – Right – Right to Silence – Innocence Presumption

## **INTRODUÇÃO**

O silêncio sob a perspectiva processual penal, não deve ser interpretado como “quem cala consente”, muito menos, como confissão ou admissibilidade de culpa.

O direito ao silêncio, enquanto poder jurídico reconhecido a qualquer pessoa, relativamente a perguntas cujas respostas possam incriminá-la (nemo tenetur se detegere) - impede, quando concretamente exercido, que aquele que o invocou venha, por tal específica razão, a ser preso, ou ameaçado de prisão, pelos agentes ou pelas autoridades do Estado.

Silenciar-se significa que o indivíduo a ser julgado optou por fazer uso de um direito constitucional a ele garantido, por motivos múltiplos, que dizem respeito à sua pessoa.

Todavia, nem sempre esse direito existiu. Consagrado pelo princípio “nemo tenetur se detegere”, fez-se presente em diversos países ao longo dos anos, tendo-se notícia de sua origem no final do século XVI, na Inglaterra.

No Brasil, o privilégio de não auto-incriminar-se atingiu o auge a partir da Constituição Federal de 1988, que, além do direito ao silêncio, garantiu ao acusado o direito à mentira.

Atualmente o artigo 186 do Código de Processo Penal, alterado pela Lei nº 10.792, de 1º de dezembro de 2003, em seu parágrafo único, garante ao acusado o direito ao silêncio durante o seu interrogatório sem que isso importe confissão, e ainda, não poderá haver qualquer tipo de interpretação prejudicial à defesa com o exercício do mesmo.

Anteriormente à Lei nº 10.792, de 1º de dezembro de 2003, que alterou o artigo 186 do Código de Processo Penal, a doutrina pátria, bem como a jurisprudência, eram unânimes quanto a defesa da tese que a parte “in fine” do referido artigo não havia sido recepcionado pela atual ordem constitucional, ao fundamento que o direito ao silêncio previsto no artigo 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal não poderia ser restringido pelo Código de Processo Penal, já que este diploma legal é uma espécie normativa infraconstitucional.

E a Constituição Federal ao incorporar os essenciais valores humanos, muitos deles realizados dentro do processo, informa e conforma o sistema processual, dando específico caráter aos institutos de natureza processual.

O juiz, então, não poderá advertir o réu que seu silêncio possa ser interpretado a seu desfavor, pois assim agindo, conduziria ao reconhecimento de que o Estado-Juiz ao utilizar-se do “imperium iudicium” coagiu o réu a não utilizar da faculdade garantida constitucionalmente de não ser impelido a responder às questões que lhe forem formuladas durante o interrogatório.

## **A INTERPRETAÇÃO DO STF SOBRE O DIREITO AO SILÊNCIO E O CONTRADITÓRIO NO PROCESSO PENAL**

É essa a norma que garante *status* constitucional ao princípio do “Nemo tenetur se detegere” (STF, HC 80.949/RJ, Relator Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, 1.ª Turma, DJ de 14/12/2001), segundo o qual ninguém é obrigado a produzir quaisquer provas contra si.

Depreendemos disso que ao magistrado não é autorizado a utilizar o silêncio do réu para presumir a sua culpa, ou analisar isoladamente o silêncio do acusado para condená-lo, alegando que o seu convencimento é livre, pois, todo o Direito Processual, como ramo de direito público, tem suas linhas fundamentais traçadas pelo Direito Constitucional, que fixa a estrutura dos órgãos jurisdicionais, que garante a distribuição da justiça e a declaração do direito objetivo, estabelecendo, inclusive, princípios processuais.

O Direito Processual, que disciplina o exercício de uma das funções fundamentais do Estado, além de ter seus pressupostos constitucionais, é fundamentalmente determinado pela Constituição, em muitos de seus aspectos e institutos característicos.

Dessa forma, ao direito ao silêncio, como respeito à personalidade humana, não pode corresponder ao dever de contribuir positivamente na busca da verdade real, sancionando-se com o potencial prejuízo à defesa, pois, o direito ao silêncio, veio para de uma vez por todas sepultar a presunção de culpabilidade que ocorria anteriormente, quando o réu permanecia silente no interrogatório. Vejamos:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO, NA FORMATENTADA. ALEGAÇÃO DE QUE O TRIBUNAL BASEOU-SE EM PROVAS INDICIÁRIAS E NO SILÊNCIO DO ACUSADO PARA MANTER A CONDENAÇÃO. PRIMEIRA TESE QUE NÃO ENCONTRA FUNDAMENTOS NOS AUTOS. SEGUNDA QUE NÃO INFLUI NA SOLUÇÃO DA CONTROVÉRSIA. ADVERTÊNCIA, ENTRETANTO, QUE CABE FAZER, NA HIPÓTESE, QUANTO AO "PRIVILÉGIO CONSTITUCIONAL CONTRA A AUTO-INCRIMINAÇÃO: GARANTIA BÁSICA QUE ASSISTE À GENERALIDADE DAS PESSOAS. A PESSOA SOB INVESTIGAÇÃO (PARLAMENTAR, POLICIAL OU JUDICIAL) NÃO SE DESPOJA DOS DIREITOS E GARANTIAS ASSEGURADOS" (STF, HC 94.082-MC/RS, REL. MIN. CELSO DE MELLO, DJ DE 25/03/2008). PRINCÍPIO "NEMO TENETUR SE DETEGERE". POSITIVAÇÃO NO ROL PETRIFICADOS DOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS (ART. 5.º, INCISO LXIII, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA): OPÇÃO DO CONSTITUINTE ORIGINÁRIO BRASILEIRO DE CONSAGRAR, NA CARTA DA REPUBLICA DE 1988, "DIRETRIZ FUNDAMENTAL PROCLAMADA, DESDE 1791, PELA QUINTA EMENDA [À CONSTITUIÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA], QUE COMPÕE O "BILL OF RIGHTS" NORTE-AMERICANO (STF, HC 94.082-MC/RS, REL. MIN. CELSO DE MELLO, DJ DE 25/03/2008). PRECEDENTES CITADOS DA SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS: ESCOBEDO V. ILLINOIS (378 U.S.

478, 1964); MIRANDA V. ARIZONA (384 U.S. 436, 1966), DICKERSON V. UNITED STATES (530 U.S. 428, 2000). CASO MIRANDA V. ARIZONA: FIXAÇÃO DAS DIRETRIZES CONHECIDAS POR "MIRANDA WARNINGS", "MIRANDA RULES" OU "MIRANDA RIGHTS". DIREITO DE QUALQUER INVESTIGADO OU ACUSADO A SER ADVERTIDO DE QUE PODE PERMANECER EM SILÊNCIO PERANTE A AUTORIDADE ADMINISTRATIVA, POLICIAL OU JUDICIÁRIA.

STF - HC: 125506 SP 2008/0287148-0, Relator: Joaquim Barbosa, Data de Julgamento: 31/05/2011, Data de Publicação: DJe 22/06/2011).

Em suma, de nada adiantaria o magistrado informar o réu, no ato do interrogatório, que o mesmo tem o direito de silenciar, e, logo após, adverti-lo de que caso se utilize dessa faculdade poderá surgir consequências negativas a ele, pois, dar um direito e dizer que a utilização dele poderá ser interpretado em seu desfavor, é a mesma coisa que não assegurar direito algum.

## **1. – A GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL**

A garantia do devido processo legal está consagrada, na Constituição Federal, em seu artigo 5º, incisos LIV e LV, ao estabelecer que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal e ao garantir a qualquer acusado em processo judicial o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

Além dos referidos incisos há outras garantias judiciais estabelecidas na Carta Magna, a saber: "ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante", "inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra, da casa, da correspondência, das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas e da imagem das pessoas", "não haverá júízo ou tribunal de exceção", "não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal", "a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu", "nenhuma pena passará da pessoa do acusado", "individualização da pena", "ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente", "inadmissibilidade, no processo, das provas obtidas por meio

ilícitos", "não culpabilidade até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória", "publicidade dos atos processuais", "direito ao silêncio", etc.

Assim, do ponto de vista da Constituição Federal, o devido processo legal pressupõe o contraditório, a garantia da ampla defesa (defesa técnica e autodefesa), o direito ao silêncio, o duplo grau de jurisdição, a proibição das provas ilícitas, a presunção de inocência, dentre outros.

Para Afrânio Silva Jardim ao apreciar o direito ao devido processo legal, sob um prisma interessante, ensina-nos que:

"O devido processo legal está vinculado diretamente à depuração do sistema acusatório, mormente quando conjugado com a regra do artigo 129, I do novo texto constitucional, bem como com as demais normas que sistematizam e asseguram a independência do Poder Judiciário, em prol de sua imparcialidade e neutralidade na prestação jurisdicional e aquelas outras que, igualmente, tutelam a autonomia e independência funcional dos órgãos do Ministério Público."<sup>1</sup>

Acerca do sistema acusatório André Vitu escreveu que:

"Ce système procédural se retrouve à l'origine des diverses civilisations méditerranéennes et occidentales: en Grèce, à Rome vers la fin de la République, dans le droit germanique, à l'époque franque et dans la procédure féodale. Ce système, qui ne distingue pas la procédure criminelle de la procédure, se caractérise par des traits qu'on retrouve dans les différents pays qui l'ont consacré. Dans l'organisation de la justice, la procédure accusatoire suppose une complète égalité entre l'accusation et la défense."<sup>2</sup>

O nosso Código de Processo Penal, apesar das garantias constitucionais, conduzidas pela Magna Carta de 1988, possui vícios de 73 anos atrás, maculando em muitos dos seus dispositivos o sistema acusatório e o devido processo legal, não tutelando satisfatoriamente direitos e garantias fundamentais do acusado.

Certo que algumas importantes alterações foram realizadas no correr das últimas décadas como, por exemplo, o fim da prisão preventiva obrigatória com a edição das Leis nº. 5.349/67, 6.416/77, 8.884/94; a impossibilidade de julgamento do réu revel citado por edital que não constituiu advogado (Lei nº.

---

<sup>1</sup> JARDIM, Afrânio Silva. **Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 10ª edição, 2001, p. 318

<sup>2</sup> VITU, André. **Procédure Penale**, Paris: Presses Universitaires de France, 1957, p. 13/14.

9.271/96); modificações no que concerne à prova pericial (Lei nº. 8.862/94); a possibilidade de apelar sem a necessidade de recolhimento prévio à prisão (Lei nº. 5.941/73); a revogação dos artigos atinentes ao recurso extraordinário (Lei nº. 3.396/58), e ainda, algumas Leis extravagantes procuraram aperfeiçoar o nosso sistema processual penal, podendo citar as que instituíram os Juizados Especiais Criminais (Leis nº. 9.099/95 e 10.259/01), e que constituem, indiscutivelmente, um dos maiores avanços já produzido em nosso sistema jurídico processual, desde a edição do Código de Processo Penal de 1941.

Há, ainda, as Leis que disciplinaram a identificação criminal (Lei nº. 12.037/2009); a proteção a vítimas e testemunhas ameaçadas (Lei nº. 9.807/99); a que possibilitou a utilização de sistema de transmissão de dados para a prática de atos processuais (Lei nº. 9.800/99); a de interceptações telefônicas (Lei nº. 9.296/96); a Lei nº 8.038/90, que disciplina os procedimentos nos Tribunais, e tantas outras.

As alterações ocorridas no Brasil, as reformas processuais penais já levadas a cabo em vários países da América Latina, bem como as que estão por vir, são frutos, na verdade, de modificações no sistema político dos países que foram, paulatinamente, saindo de períodos autoritários para regimes democráticos.

A redemocratização impulsiona importantes alterações no sistema processual do tipo inquisitivo para o sistema acusatório.

Aliás, é inquestionável a estreita ligação entre o sistema processual penal de um país e o seu sistema político.

Para Norberto Bobbio, em sua Obra “A Era dos Direitos” temos que:

"Direitos do homem, democracia e paz são três momentos necessários do mesmo movimento histórico: sem direitos do homem reconhecidos e protegidos, não há democracia; sem democracia, não existem as condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos. Em outras palavras, a democracia é a sociedade dos cidadãos, e os súditos se tornam cidadãos quando lhes são reconhecidos alguns direitos fundamentais"<sup>3</sup>

---

<sup>3</sup> Op. cit. p. 1

Um país democrático deve possuir um Código de Processo Penal, até porque a sua Constituição assim o obriga a adotar o sistema acusatório, eminentemente garantidor.

O processo penal, a serviço do Poder, olvida os direitos e garantias individuais básicos, privilegiando o sistema inquisitivo, caracterizado, como escreveu o Mestre Luigi Ferrajoli, por "(...) una confianza tendencialmente ilimitada en la bondad del poder y en su capacidad de alcanzar la verdad"<sup>4</sup>.

O sistema inquisitivo, portanto, "(...) confía no sólo la verdad sino también la tutela del inocente a las presuntas virtudes del poder que juzga".<sup>5</sup>

Certo que, no que tange, ainda ao Direito Processual Penal, conforme Maier e Struensee, pode-se afirmar que:

"(...) el Derecho procesal penal de los países latinoamericanos, observado como conjunto, ingresó, a partir de la década del'80, en un período de reformas totales, que, para el lector europeo, puede compararse con la transformación que sufrió el Derecho procesal penal de Europa continental durante el siglo XIX. No se trata, así, de modificaciones parciales a un sistema ya adquirido y vigente, sino, por lo contrario, de una modificación del sistema según otra concepción del proceso penal. Descrito sintéticamente, se puede decir que este proceso de reformas consiste en derogar los códigos antiguos, todavía tributarios de los últimos ejemplos de la Inquisición - recibida con la conquista y la colonización del continente -, para sancionar, en más o en menos, leyes procesales penales conformes al Estado de Derecho, con la aspiración de recibir en ellas la elaboración cumplida en la materia durante el siglo XX."<sup>6</sup>

Porém, movimento reformista não se limita à América Latina.

A Europa também se encontra desenvolvendo reformas no sistema processual penal face a necessidade dos países relacionados com o cambio de regime político, econômico e social, que teve lugar em 1989 e também com a

---

<sup>4</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón**, Madrid: Editorial Trotta, 3ª edição, 1998, p. 604.

<sup>5</sup> Idem.

<sup>6</sup> MAIER, Julio B. J.. e STRUENSEE, Eberhard, **Las Reformas Procesales Penales en América Latina**, Buenos Aires: Ad-Hoc, 2000, p. 17.

necessidade de adaptar as soluções jurídicas às soluções acertadas entre os países que compõem Continente Europeu.

## **2. A AMPLA DEFESA**

O direito ao silêncio deve ser interpretado como inserido nas regras do devido processo legal, de acordo com as garantias do exercício da ampla defesa e do contraditório real.

Há que se observar, porém, que o princípio da ampla defesa, tratado no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal, deve ser analisado sob dois diferentes aspectos, os quais recebem, em tese, tratamento jurídico distinto.

São eles: a defesa técnica e a autodefesa (possibilidade do acusado defender-se por si mesmo, ativamente, quando da realização do seu interrogatório, por exemplo, ou de forma passiva, permanecendo em silêncio).

Sendo assim, a ampla defesa é composta pela defesa técnica e da autodefesa.

O defensor é quem exerce a defesa técnica profissional, a qual exige a capacidade postulatória e o conhecimento técnico.

O acusado, por sua vez, exercita, ao longo do processo (quando, por exemplo, é interrogado), a denominada autodefesa ou defesa material ou genérica. Ambas compõem a ampla defesa.

Conforme ensinamentos do jurista espanhol Miguel Fenech:

"Se entiende por defensa genérica aquella que lleva a cabo la propia parte por sí mediante actos constituídos por acciones u omisiones, encaminados a hacer prosperar o a impedir que prospere la actuación de la pretensión.. No se halla regulada por el derecho con normas cogentes, sino con la concesión de determinados derechos inspirados en el conocimiento de la naturaleza humana, mediante la prohibición del empleo de medios coactivos, tales como el juramento - cuando se trata de la parte acusada - y cualquier otro género de coacciones destinadas a obtener por fuerza y contra la voluntad del

sujeto una declaración de conocimiento que ha de repercutir en contra suya"<sup>7</sup>.

Para ele, diferencia-se a autodefesa da defesa técnica, por ele chamada de específica, processual ou profissional,

"(...) que se lleva a cabo no ya por la parte misma, sino por personas peritas que tienen como profesión el ejercicio de esta función técnico-jurídica de defensa de las partes que actúan en el proceso penal para poner de relieve sus derechos y contribuir con su conocimiento a la orientación y dirección en orden a la consecución de los fines que cada parte persigue en el proceso y, en definitiva, facilitar los fines del mismo".<sup>8</sup>

Sendo assim, o defensor não é parte, nem sujeito processual, nem, tampouco, substituto processual, agindo apenas como um representante técnico da parte; neste mister, parece-nos que cabe a este profissional exercitar a defesa mesmo contra a vontade do réu, até porque o direito de defesa é indisponível: "En interés del hallazgo de la verdad y de una defensa efectiva, puede, sin duda, actuar también en contra de la voluntad del inculpado, por ejemplo, interponer una solicitud para que se examine su estado mental".<sup>9</sup> A apuração do gravame há de fazer-se a partir do comportamento do Réu e da orientação de sua defesa no processo.

Informação do direito ao silêncio (Const., art. 5º, LXIII): relevância, momento de exigibilidade, conseqüências da omissão: elisão, no caso, pelo comportamento processual do acusado. I. O direito à informação da faculdade de manter-se silente ganhou dignidade constitucional, porque instrumento insubstituível da eficácia real da vetusta garantia contra a auto-incriminação que a persistência planetária dos abusos policiais não deixa perder atualidade. II. Em princípio, ao invés de constituir desprezível irregularidade, a omissão do dever de informação ao preso dos seus direitos, no momento adequado, gera efetivamente a nulidade e impõe a desconsideração de todas as informações incriminatórias dele anteriormente obtidas, assim como das provas delas derivadas. III. Mas, em matéria de direito ao silêncio e à informação oportuna dele, a apuração do gravame há de fazer-se a partir do comportamento do réu e da orientação de sua defesa no processo: o direito à

---

<sup>7</sup> FENECH, Miguel. **Derecho Procesal Penal**, Vol. I, 2ª edição, Barcelona: Editorial Labor, 1952, p. 457.

<sup>8</sup> Idem.

<sup>9</sup> TIEDEMANN, Klaus. **Introducción al Derecho Penal y al Derecho Penal Procesal**, Barcelona: Ariel, 1989, p. 185.

informação oportuna da faculdade de permanecer calado visa a assegurar ao acusado a livre opção entre o silêncio - que faz recair sobre a acusação todo o ônus da prova do crime e de sua responsabilidade - e a intervenção ativa, quando oferece versão dos fatos e se propõe a prová-la: a opção pela intervenção ativa implica abdicação do direito a manter-se calado e das conseqüências da falta de informação oportuna a respeito.

(STF - HC: 78708 SP , Relator: SEPÚLVEDA PERTENCE, Data de Julgamento: 09/03/1999, Primeira Turma, Data de Publicação: DJ 16-04-1999 PP-00008 EMENT VOL-01946-05 PP-00874 RTJ VOL-00168-03 PP-00977)

A garantia do devido processo legal, cifrado na ampla defesa, expressa-se igualmente no direito de calar.

A ampla defesa no processo penal, compreendidos os recursos a ela inerentes, significa a plena e completa possibilidade de o réu produzir provas contrastantes às da acusação, com ciência prévia e integral do conteúdo da acusação, comparecendo participativamente nos atos processuais, representado por defensor técnico.

É evidente que todo acusado deve obrigatoriamente ser defendido por um profissional do Direito, a fim de que se estabeleça íntegra a ampla defesa, sendo imperioso destacar que o direito de defesa no Processo Penal deve ser rigorosamente obedecido, sob pena de nulidade, pois de acordo com os ensinamentos de Klaus Tiedemann:

"Para que haya un proceso penal propio de un Estado de Derecho es irrenunciable que el inculpado pueda tomar posición frente a los reproches formulados en su contra, y que se considere en la obtención de la sentencia los puntos de vista sometidos a discusión".<sup>10</sup>

A ampla defesa realiza-se na efetiva utilização dos instrumentos, dos meios e modos de produção, certificação, esclarecimento ou confrontação de elementos de prova que digam respeito a materialidade da infração criminal e com a autoria.

---

<sup>10</sup> Ob. cit. p. 184.

Na materialidade encaixam-se o “corpus criminis”, o “corpus probatorum” e o “corpus instrumentorum”, além de todos os elementos fáticos componentes das circunstâncias judiciais e legais (sejam agravantes ou atenuantes, e todos os componentes materiais e fáticos do episódio de relevância típica).

Na autoria compreendem-se a verificação da responsabilidade do autor, co-autor, ou partícipe e dos elementos subjetivos imprescindíveis à existência do ilícito e à dosimetria da pena (dolo, culpa, elementos subjetivos do injusto, além de outras circunstâncias que excluam, atenuem ou agravem a culpabilidade).

O direito de defesa especializa-se na garantia da defesa técnica, produzida por advogado, quem unicamente tem o descortínio jurídico-profissional para adequadamente situar a estratégia de defesa do acusado, inclusive sobre o exercício do direito ao silêncio.

Daí se estabelecer como ausência de defesa a inoperância absoluta do defensor, a obrigar o advogado dativo, por exemplo, a apresentar defesa prévia, razões finais e a recorrer, obrigações tidas, até mesmo em algumas hipóteses, do defensor constituído.

O defensor nomeado ou dativo será obrigado a aceitar a defesa, sob pena de responder por infração disciplinar (artigo 34, inciso XII, do Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil).

Se, porém, o acusado para o qual o Juiz nomeou um defensor na realidade não for pobre, será obrigado a pagar os honorários advocatícios arbitrados pelo Juiz (artigo 263, parágrafo único, Código de Processo Penal).

A constituição de advogado no processo penal pode ser feita por procuração ou por indicação verbal quando da realização do interrogatório, dispensando-se, neste último caso, a juntada do instrumento procuratório. Ainda que, inicialmente, tenha sido nomeado um defensor dativo, pode o acusado a qualquer momento constituir um profissional de sua confiança (artigo 263, “caput”, Código de Processo Penal).

Em razão de que a ampla defesa pressupõe necessariamente a autodefesa e a defesa técnica é que se deve pugnar pela necessidade da presença do advogado no interrogatório, sob pena de se ferir o devido processo legal.

É bem verdade que se discute na doutrina se, nesta fase, é necessária a presença de advogado. Devemos entender que sim tendo em vista o disposto nos artigos 261, § único e 263 do Código de Processo Penal. Neste sentido, Tourinho Filho, Frederico Marques e Espínola Filho.

Conforme, também defende Ferrajoli "(...) el derecho del imputado a la asistencia y, en todo caso, a la presencia de su defensor en el interrogatorio, para impedir abusos o cualesquiera violaciones de las garantías procesales".<sup>11</sup>

Porém deve se reconhecer que a presença do advogado em qualquer procedimento estatal, independentemente do domínio institucional em que esse mesmo procedimento tenha sido instaurado, constitui fator inequívoco de certeza de que os órgãos do Poder Público (Legislativo, Judiciário e Executivo) não transgredirão os limites delineados pelo ordenamento positivo da República, respeitando-se, em conseqüência, como se impõe aos membros e aos agentes do aparelho estatal, o regime das liberdades públicas e os direitos subjetivos constitucionalmente assegurados às pessoas em geral, inclusive àquelas eventualmente sujeitas, qualquer que seja o motivo, a investigação parlamentar, ou a inquérito policial, ou, ainda, a processo judicial.

Existem decisões reconhecendo a necessidade do defensor no ato do interrogatório do acusado, como ocorreu no julgamento a seguir descrito:

"NULIDADE. INTERROGATÓRIO. AUSÊNCIA DE ADVOGADO. Nulo é o processo em que o acusado é interrogado sem a presença de advogado defensor. Agressão aos princípios do contraditório e da ampla defesa (artigo 5º., LV, da Constituição Federal). Nulidade decretada a partir, inclusive, do interrogatório."<sup>12</sup>

---

<sup>11</sup> Ob. cit., p.608

<sup>12</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Processual Penal. "Apelação Criminal" nº 70001997402. 5ª Câmara Criminal - Relator Des. Amilton Bueno de Carvalho, j. 14 de Fevereiro de 2001, Disponível em: <http://www.tjrgs.gov.br>. Acesso em: 28 de Fevereiro de 2002.

<sup>12</sup> Ob. cit. p. 116

Da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal colhem-se, também, decisões segundo as quais inexistente a defesa técnica, e por conseguinte a ampla defesa, quando não são apresentadas as petições da defesa, ou são elas ineptas; ou, também, quando inexistem ou são ineptas as razões de recurso.

De par ser um direito da personalidade, da intimidade do réu, o silêncio pode resolver-se simplesmente no direito de construir desde logo um vetor de defesa, sem compromisso com a palavra, com a afirmação, com a negação ou com a contradição do acusado, essencialmente quando não há, ainda, um esboço de prova. Daí a imprescindibilidade da defesa técnica.

A ampla defesa, destarte, pode ser conscientemente exercitada no silêncio do acusado, dentro de uma estrutura defensiva em que atue o defensor técnico.

A defesa considerada técnica é reconhecida como indispensável no âmbito processual em razão da necessidade de ser o contraditório real e efetivo, como condição de segurança da igualdade dos litigantes e da imparcialidade do juiz, devendo ser exercida por profissional legalmente habilitado.

Sylvia Helena de Figueiredo Steiner, em sua Obra “A Convenção Americana sobre Direitos Humanos e sua Integração ao Processo Penal brasileiro”, ao analisar a obrigatoriedade da defesa técnica sustenta o seguinte:

“No campo específico das normas garantistas do processo penal, a única aparente antinomia que extraímos entre o texto constitucional e dispositivo da Convenção Americana é a referente ao artigo 133 da CF, que afirma a indispensabilidade do advogado na administração da justiça, em princípio em confronto com o expresso no artigo 8º, 2, d, da Convenção, que assegura poder ao acusado defender-se pessoalmente. Dizemos aparente antinomia, pois a previsão constitucional vem sendo interpretada no sentido da obrigatoriedade da defesa técnica, reforçada a interpretação pelas disposições constantes da Lei 8.906, de julho de 1994, que também exige a obrigatória presença do advogado em quaisquer postulações judiciais. Trata-se, portanto, de interpretação, não de norma expressa de caráter mandatório”.<sup>13</sup>

A autodefesa, também denominada como defesa pessoal, nada mais é do que a participação direta do acusado em, praticamente, todos os atos processuais. Sendo ato de exclusiva titularidade do acusado, somente ele poderá, inclusive, renunciar a essa forma de defesa, ou seja, a autodefesa poderá ou não ser exercida, conforme desejo do acusado, incluindo-se aí a faculdade de falar ou calar-se.

Para Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho:

“Consubstanciando-se a autodefesa, enquanto direito de audiência, no interrogatório, é evidente a configuração que o próprio interrogatório deve receber, transformando-se de meio de prova em meio de defesa: meio de contestação da acusação e instrumento para o acusado expor a sua própria versão”.<sup>14</sup>

Muitos, porém, crêem na superioridade da defesa técnica, alegando que, enquanto a autodefesa é dispensável, em seu exercício, a defesa técnica não comporta abstenção, porém o correto é entender que não há hierarquia, pois apesar de serem distintas devem caminhar juntas e ter por escopo a liberdade do acusado, pois este não é um mero objeto de investigação; possui direitos que devem ser atendidos.

A autodefesa é caracterizada, dentre várias peculiaridades, principalmente, por força do direito de não provar contra si, do direito de escolher o seu próprio advogado, do direito de estar presente na audiência e o de permanecer calado, devendo ser lembrado, que a base de eventual condenação deve ser pautada em acervo probatório existente nos autos do processo criminal, que não tenham ofendido os direitos supra mencionados.

Recurso extraordinário em matéria criminal: direito ao silêncio - nemo tenetur se detegere (CF, art. 5º, LXIII): não se reconhece a nulidade apontada pelo recorrente se o seu silêncio não constituiu a base da condenação, mas sim o conjunto de fatos e provas autônomos e distintos, considerados suficientes pelo Tribunal a quo e cujo reexame é vedado nas instâncias extraordinárias (Súmula 279)

---

<sup>14</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance e GOMES FILHO, Antonio Magalhães: **As Nulidades no Processo Penal**. São Paulo. Saraiva: 1997, 6ª Edição, p. 79.

(STF - RE: 435266 SP , Relator: Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Data de Julgamento: 03/05/2005, Primeira Turma, Data de Publicação: DJ 27-05-2005 PP-00021 EMENT VOL-02193-04 PP-00731 RT v. 94, n. 838, 2005, p. 505-507 RTJ VOL-00194-02 PP-00721)

Sendo assim, é assegurado a cada indivíduo acusado da prática de uma infração penal, entre as garantias processuais consideradas mínimas, para o exercício do direito de defesa, aquela de não ser constrangido a depor contra si mesmo ou a confessar-se culpado.

### **3. O CONTRADITÓRIO**

O devido processo legal depende do contraditório, que vem a ser, em linhas gerais, a garantia de que para toda ação haja uma correspondente reação, garantindo-se, assim, a plena igualdade de oportunidades processuais.

A norma constitucional que se refere expressamente ao princípio do contraditório está predisposta no artigo 5º, inciso LV, que declara: “aos litigantes, em processo judicial, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Dessa forma, devemos reconhecer que o processo criminal face à sua estrutura acusatória, deve ter seus atos instrutórios e o julgamento subordinados ao princípio do contraditório.

Conforme nos ensina Antonio Scarance Fernandes, em sua Obra “Processo Penal Constitucional”:

“No processo penal é necessário que a informação e a possibilidade de reação permitam um contraditório pleno e efetivo. Pleno porque se exige a observância do contraditório durante todo o desenrolar da causa, até o seu encerramento. Efetivo porque não é suficiente que se dê às partes a possibilidade formal de se pronunciar sobre os atos da parte contrária, sendo imprescindível que lhe sejam proporcionados os meios para que tenha condições reais de contrariá-los. Liga-se, aqui, o contraditório ao princípio da paridade de

armas, sendo mister, para um contraditório efetivo, que as duas partes estejam munidas de forças similares.”<sup>15</sup>

No entanto, de acordo com os ensinamentos de Gomes Canotilho e Vital Moreira declaram que o âmbito normativo-constitucional do princípio do contraditório não é inteiramente líquido<sup>16</sup>.

Com efeito, é possível adotar diferentes visões sobre o alcance do mesmo, sendo, por isso, necessário balizar o seu conteúdo constitucionalmente protegido. Nestes termos, o princípio do contraditório garante que o juiz, na construção da sua decisão, deve ter em conta as diferentes contribuições dos sujeitos processuais sobre o objeto do processo.

Defendem Gomes Canotilho e Vital Moreira que o princípio do contraditório significa: 1) o dever e direito de o juiz ouvir as razões das partes em relação a assuntos sobre os quais deva proferir uma decisão; 2) o direito de audiência de todos os sujeitos processuais que possam vir a ser afetados pela decisão; 3) e, em especial, o direito de intervenção do argüido no sentido deste poder se pronunciar sobre todos os elementos trazidos ao processo.

Scarance Fernandes analisa que “(...), o contraditório pressupõe partes em situações opostas, se não substancialmente, pelo menos formalmente, no plano processual. Com a garantia do contraditório, as duas partes têm assegurada a ciência dos atos e termos da parte contrária, com possibilidade de refutá-los”.<sup>17</sup>

De acordo com os ensinamentos de Frederico de Lacerda da Costa Pinto<sup>18</sup>, é necessário, no entanto, ter-se em linha de conta que o âmbito subjetivo do princípio do contraditório se deve reportar a todos os sujeitos processuais e não apenas ao acusado - embora este tenha, na realidade, uma posição especial.

---

<sup>15</sup> FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. São Paulo. Saraiva: 1999, p. 53.

<sup>16</sup> Cfr. CANOTILHO, José Joaquim Gomes e MOREIRA, Vital Moreira, **Constituição da República Portuguesa Anotada**, Vol. I, 3ª Edição, Coimbra, 1993, p. 206.

<sup>17</sup> Ob. cit. p. 58.

<sup>18</sup> Cfr. COSTA PINTO, Frederico de Lacerda da, **Direito Processual Penal**, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1998, p. 228.

Nestes termos, o objeto do contraditório estará delimitado pela sua função, que consiste em exigir que se analise todas as questões suscitadas pelos sujeitos processuais, que possam ter relevância para a decisão final, sejam elas de fato, direito, relativas a prova, etc, ressalvando-se a possibilidade do silêncio do acusado, sem que tal seja levado em consideração para efeitos de determinação da sua culpa.

Monopolizando a possibilidade de resolução dos conflitos de interesses (proibindo a realização da justiça de mão própria), e tornando-se devedor, pois da jurisdição, necessitou o Estado colocar à disposição dos interessados um meio hábil a permitir sua provocação. Este meio cristaliza-se na ação (poder de ativação da função jurisdicional).

Logo, ação pode ser conceituada como o direito ao exercício da atividade jurisdicional, direito este público, subjetivo, abstrato e autônomo.

Em contraposição ao direito de ação encontra-se o direito de defesa (ou *ius exceptionis*).

Justifica-se o direito de defesa pela intromissão que o acolhimento do direito de ação exerce sobre a esfera jurídica de pessoa estranha à relação entre autor (aquele que maneja o direito de ação) e o Estado-juiz.

A resistência à pretensão autoral (obrigatória no processo penal) denota a direção contraditória dos interesses dos litigantes.

O réu também tem uma pretensão em face dos órgãos jurisdicionais (a pretensão a que o pedido do autor seja rejeitado e a pretensão de que seja mantido o seu *status libertatis*), revelando-se em verdadeira antítese à tese (pretensão) apresentada pelo autor.

Dentro da dialética do processo, a defesa é o contraposto negativo da ação.

Dessa bilateralidade dialética, nasce o fundamento lógico do contraditório (ciência bilateral dos atos e termos do processo, com a

possibilidade de impugná-los), que valida a existência e efetividade do processo.

A ação, como direito de pedir a tutela jurisdicional para determinada pretensão fundada em direito material, tem, assim, uma espécie de réplica na exceção, como direito de pedir que a tutela jurisdicional requerida pelo autor seja denegada por não se conformar com o direito objetivo.

O autor, através do exercício da ação, pede justiça, reclamando algo contra o réu; este, através da exceção, pede justiça, solicitando a rejeição do pedido. Tanto como o direito de ação, a defesa é um direito público subjetivo (ou poder), constitucionalmente garantido como corolário do devido processo legal e dos postulados em que se alicerça o sistema contraditório do processo. Tanto o autor, mediante a ação, como o réu, mediante a exceção, têm um direito ao processo.

Aprioristicamente, faculdade seria outro apanágio da defesa (faculdade de resistir à pretensão deduzida em juízo). Não há que se falar em reconhecimento da procedência do pedido com seus efeitos.

Idealizar que o direito de defesa é somente uma garantia do cidadão, contudo, é refutar os preceitos constitucionais. O processo penal moderno, evidado do caráter social trazido pela Constituição Federal de 1988, eleva o direito de defesa ao prisma do interesse público, legitimante da própria jurisdição.

O fundamento do direito de defesa, assim como ocorre com o direito de ação, deve buscar seu lastro de validade na Constituição. Desse modo, o “*ius exceptionis*”, segundo o princípio da supremacia da Constituição, regulará as demais normas infraconstitucionais.

De tal arte, de modo imediato, comanda o direito de defesa o devido processo legal e a ampla defesa.

Neste particular aspecto, preferimos a orientação moderna, no sentido de adotar o princípio do “*giusto processo*” (artigo 111, Constituição Italiana).

De maneira mediata, sem nos divorciarmos da primazia de suas presenças, temos o princípio da paridade de armas (igualdade de oportunidades às partes no processo, equilíbrio entre ação e exceção — artigo 5º, “caput”, Constituição Federal), princípio do contraditório (participação no processo — artigo 5º, inciso LV), princípios do juiz e do promotor natural (artigo 5º, “caput” e incisos XXXV, XXXVII). Além disso, fundamentam o direito de defesa a ampla garantia do direito ao processo, o direito ao acesso à justiça, a publicidade do processo, a necessidade de motivação das sentenças e a essencialidade do advogado (leia-se da defesa) à função jurisdicional (artigos 133 e 134, Constituição Federal).

Importante, ainda, é que a defesa técnica efetiva é direito e garantia individual não só em decorrência da própria Constituição, mas, principalmente, da Convenção Americana sobre os Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), que foi ratificado pelo Brasil pelo Decreto Legislativo nº 27, de 25 de setembro de 1992 e que tem patamar de norma constitucional (cf. artigo 5º, § 2º da Constituição Federal).

Dessume-se, pois, que a efetividade da defesa é um postulado constitucionalmente consagrado. Porém, nem sempre foi assim. Permitimo-nos lembrar que o Código de Processo Penal data de 07 de Dezembro de 1940 (com entrada em vigor em 1º de Janeiro de 1942).

À época de sua edição, vigia o Estado Novo (regime autoritário, implantado no Brasil por Getúlio Vargas, em 10 de setembro de 1937, perdurando até 29 de outubro de 1945), sendo, pois, consentânea das idéias políticas daquele regime a inexistência de direitos absolutos do cidadão em face do Estado (em que pese a existência do princípio da ampla defesa na Constituição de 1937, emendada em 1939).

Nesses lindes, a efetividade da defesa, entre nós, decorreu de um raciocínio lógico, de árdua construção doutrinária e jurisprudencial imposta ao longo das décadas, afinal omissa era o artigo 261, Código Processual Penal.

No entanto, com a proximidade da reforma do Caderno Processual Penal, através dos ataques pontuais, como preferiu a celebrada Comissão, tratamento especial mereceu a efetividade do direito de defesa.

O Projeto de Lei nº 4.204/2001, que deu origem à Lei 10.792/2003 que atualmente rege o Capítulo III do Código Processual Penal, prevê expressamente, dando nova disciplina ao artigo 261, a efetividade do direito de defesa, nestes termos : “Artigo 261 – (...); Parágrafo único. A defesa técnica será efetiva, exigindo manifestação fundamentada”.

Além disso, consagra com outras alterações o ritual para o interrogatório do acusado.

Segundo a exposição de motivos que acompanhou a proposta legislativa (Projeto de Lei nº 4.204/2001), desde o advento da Magna Carta de 1988, a doutrina estaria conformando as regras processuais aos ditames constitucionais.

Já se falou em processo penal do autor e, recentemente, voltou-se ao papel da vítima no processo penal, porém, agora, pensamos ser um novo momento para refletirmos sobre as garantias do cidadão em face desse instrumento de pacificação social, o processo.

Não se deve pregar a odiosidade do processo; ao contrário, hodiernamente, é o instrumento mais justo de composição. Outrossim, não tentamos sobrepor a figura do acusado a salvo de qualquer ação estatal.

Na visão, tão somente, publicista, afinal, a defesa efetiva é lícito elemento de interesse social; é elemento que confere legitimidade à própria jurisdição e justiça ao processo.

Nesse passo, resta indispensável buscarmos o alcance da efetividade de exceção.

Da doutrina vem o primeiro pólo a ser perseguido: o da nomenclatura e classificação.

O exercício do direito de defesa, dentro do processo pode ser por meio de defesa direta, quando há desafio do próprio mérito da acusação ou defesa indireta (ou processual), cristalizada na argüição de vícios ou nulidades do processo, via exceções processuais.

Fala-se, ainda, em defesa virtual, que seria a defesa deficiente, que pode eivar o processo de nulidade.

Orienta-se a Corte Excelsa, em seu verbete 523 : “No processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu.”

Dessa forma, sempre que uma determinada questão possa afetar a posição de um sujeito processual, tem este legitimidade para intervir ao abrigo do princípio do contraditório.

Há que se observar que o princípio do contraditório varia à medida que caminhamos no *iter* processual penal.

Com efeito, na fase de inquérito, que tem uma natureza inquisitorial, o princípio do contraditório tem uma reduzida expectativa incidente.

No entanto, mesmo durante esta fase, podemos descortinar uma espécie de “contraditório passivo” ou “isolado”, presente no artigo 14, do Código de Processo Penal, onde se prevê que o indiciado tem a possibilidade de requerer qualquer diligência, que será realizada ou não, a juízo da autoridade policial.

Apesar do acusado não poder acompanhar e presenciar as investigações, tem o mesmo o direito de presenciar os atos que lhe digam respeito.

A este propósito, é importante salientar que, muito embora não tenha o direito a debater o sentido desses atos, o simples fato de estar presente pode ser essencial para assegurar uma defesa efetiva, pois de outra forma o acusado estaria pura e simplesmente nas mãos do Ministério Público.

No entanto, deve ser reconhecido que a fase de inquérito caracteriza-se por ter uma natureza essencialmente não contraditória.

Seguindo os ensinamentos captaneados pelo Mestre Scarance Fernandes temos que: “A maioria dos doutrinadores tem entendido que o contraditório, no processo penal, só deve ser observado na fase processual, não atingindo a fase investigatória”.<sup>19</sup>

E ainda,

“O novo texto constitucional mantém essa situação. Fala, no art. 5º, LV, ao mencionar o contraditório, na sua observância em processo judicial ou administrativo. Não abrange o inquérito policial, que se caracteriza por um conjunto de atos praticados por autoridade administrativa, não configuradores de um processo administrativo. Sequer chegam a constituir procedimento, pois falta ao inquérito características essenciais do procedimento, ou seja, a existência de atos que obedecem a uma seqüência predeterminada pela lei, em que, após a prática de um passa-se à do seguinte até o último ato, numa ordem que deve ser necessariamente observada.”<sup>20</sup>

O contraditório, na fase processual, por exemplo, obriga que a defesa fale sempre depois da acusação. Assim, no Processo Penal as testemunhas arroladas na peça acusatória são inquiridas em primeiro lugar (artigo 396, Código Processual Penal), as alegações finais do réu são oferecidas posteriormente às do acusador (artigo 500, Código Processual Penal), e assim por diante.

Todos os meios de prova apresentados no processo criminal devem ser submetidos a contraditório.

Trata-se de um princípio fundamental em todo o processo penal, expresso, na sua formulação primacial, conforme anterior indicação, pelo artigo 5º, da Constituição Federal. Devendo ser considerado como um imperativo axiológico constitucional, destinado a conformar o processo criminal.

---

<sup>19</sup> Ob. cit. (**Processo Penal Constitucional**), p. 59

<sup>20</sup> idem.

Conforme as lições do Mestre Português Frederico da Costa Pinto<sup>21</sup>, deve adotar-se uma concepção ampla do princípio do contraditório, no seu âmbito subjetivo e axiológico, considerando-se que o mesmo ultrapassa a dimensão de mera garantia do acusado, como um seu direito de intervenção processual, considerando-se também os interesses resultantes da busca da justiça, como princípio em si mesmo. Segundo o Autor, “(...) a construção da decisão final implica que sejam ponderadas as perspectivas dos diversos sujeitos processuais sobre o objecto do processo.”<sup>22</sup>, sendo que à sua perspectiva ampla do princípio do contraditório<sup>23</sup> se opõe a uma outra, mais restrita e menos exigente, sustentada, por outros autores<sup>24</sup>, segundo a qual bastará que se configure um direito de audiência atribuído aos vários sujeitos processuais, no que respeita a todos os dados trazidos para o processo.

Porém, devemos seguir a perspectiva ampla, sendo que o princípio do contraditório surge, efetiva e inclusivamente, como uma garantia do cidadão perante o funcionamento do processo penal. As suas ramificações são de tal modo vastas que seria redutor circunscrever o seu âmbito a uma mera dimensão relativa por parte dos sujeitos processuais. E é nesse entendimento amplo, que nos parece ser o mais correto e consentâneo com os ditames constitucionais nesta matéria, assim como com a configuração geral do processo criminal.

No processo criminal deve cumprir-se de modo a fazer ressaltar não só as razões da acusação mas também as da defesa e, portanto, aceitando a iniciativa própria destes sujeitos processuais, pois, o princípio do contraditório deve ser entendido como uma dimensão abrangente, considerando, na sua globalidade, os interesses do processo e da concretização processual dos princípios e da axiologia constitucional inelutável.

---

<sup>21</sup> COSTA PINTO, Frederico da. **Direito Processual Penal**, Associação Académica da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 1998, pp. 226:227.

<sup>22</sup> Idem.

<sup>23</sup> Que, nas palavras do Autor, “(...) constitui uma característica fundamental do processo penal do Estado de Direito em sentido material e uma importante forma de legitimação material das decisões penais.”, p. 228.

<sup>24</sup> Entre os quais Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Ob.cit.*, p. 206.

## **4 ARTICULAÇÃO ENTRE O CONTRADITÓRIO E O DIREITO AO SILÊNCIO**

Uma questão, de estreita ligação com o tema central, recai na questão de como compatibilizar o direito ao silêncio do acusado e o princípio do contraditório, nos termos em que entendemos dever concebê-lo.

O direito ao silêncio, conforme entendimento unânime do Supremo Tribunal Federal, não pode ser preterido em circunstância alguma, a solução só poderá ser a de retirar relevância às declarações prestadas, e não esclarecidas, privilegiando a vertente da defesa e sacrificando a vertente do meio de prova.

Só assim se logra uma articulação de dois valores cimeiros do nosso ordenamento jurídico-criminal, assegurando o respeito pelos valores constitucionais em jogo, cuja relevância não parece admitir qualquer outra abordagem.

Verificado, então, um conflito entre o direito ao silêncio e os imperativos do contraditório, aquele deverá prevalecer, pois, o conflito não é, verdadeiramente, um conflito entre valores constitucionais. É um conflito gerado na dialética que opõe dois (ou mais) titulares de direitos, nos quadros da existência do processo penal concreto, em ordem ao mesmo valor.

O círculo problemático leva aqui, do mesmo modo, a um método de concordância prática, como leva em casos em que a oposição entre direitos é também oposição entre valores.

### **CONCLUSÃO**

Há uma tensão entre os interesses individuais e os sociais, que se resolve na Constituição Federal.

As normas constitucionais que equacionam esse conflito ou são de natureza processual ou ganham realidade dentro do processo, sendo

importante, por isso, o estudo do fecundo campo do direito processual penal constitucional.

O direito ao silêncio é muito mais abrangente do que parece, pois não significa tão somente o direito de que o indivíduo tem de permanecer calado durante o interrogatório, mas compreende, também, o direito de não produzir provas ou praticar atos que importem prejuízo à defesa, incluindo-se, aí, o direito de mentir.

Outro fator importante está em saber que, apesar da Constituição Federal garantir ao preso o direito de permanecer calado, o mesmo é devido a todos os imputados, pois, o mesmo é garantido desde o primeiro contato entre policiais e acusado, principalmente, nos casos de prisão em flagrante, até o momento do interrogatório judicial, cujo contato será com o magistrado.

O direito ao silêncio é um direito público subjetivo, exercido em face do Estado e dentro do processo. Constitucionalmente assegurado, pode, eventualmente colidir com valores de interesse social e público, como, por exemplo, o da verdade real; todavia sempre coincidirá com o caráter ético-político do processo, que visa a um correto exercício da função jurisdicional, de modo a pacificar com justiça. Qualquer limitação a esse direito será considerado inconstitucional, face à sua expressa previsão no artigo 5º, inciso LXIII da Constituição Federal.

O direito ao silêncio encarta-se nas liberdades públicas e tem por fundamento a intimidade, realizando-se no direito ao contraditório e na ampla defesa.

O interrogatório é meio de prova e meio de defesa, devendo a informação desse direito constar do termo de interrogatório, porém não bastará apenas que conste do termo, mas que também o magistrado informe oralmente o acusado sobre o mesmo, de maneira clara e de forma compreensível para fácil entendimento do imputado.

Como meio de prova, no ato do interrogatório, o juiz de acordo com as respostas às indagações, pode formar seu convencimento, favorável ou desfavorável ao réu.

Como meio de defesa, trata-se do exercício, no processo penal, da autodefesa, a que se pode somar, pelo assessoramento do defensor técnico, a defesa técnica.

O direito ao silêncio, se desrespeitado, gera a nulidade absoluta do interrogatório. Dependendo do prejuízo causado à ampla defesa, poderá chegar à nulidade de todos os atos que dele dependam ou que dele derivem, devendo, assim, ser analisado caso a caso.

No entanto, há que se observar que o exercício desse direito não é um dever pois a sua utilização deve ser adequável a determinadas situações que orientem no sentido da sua necessidade.

O silêncio no ato de interrogatório significa, tão apenas, não haver utilizado o acusado meio de prova a seu dispor, preferindo, como meio de defesa, o silenciar, e a Constituição Federal de 1988, conforme o Supremo Tribunal Federal, consagrou expressamente a presunção de inocência, e, conseqüentemente, o direito ao silêncio, que se insere no princípio do contraditório e da ampla defesa.

## BIBLIOGRAFIA

- ALTAVILLA, Enrico. **Psicologia Judiciária**. 4ª ed. Tradução italiana por Fernando de Miranda. Coimbra: Armênio Amado, 1959, v. 3 .
- ANTOLISEI, Francesco. **Lecciones sobre el Proceso Penal**. (s.e.). Tradução Santiago S. Melendo, Buenos Aires: Bosh, 1950.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- BELING, Ernest. **Derecho Procesal Penal**. (s.e.). Tradução Miguel Fenech. Madrid: Labor, 1945.
- BRANCO, Tales Castelo. **Da prisão em flagrante**. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 1980.
- BITTENCOURT, Edgard de Moura. **Vítima**. 1ª ed. São Paulo: Editora Universitária de Direito, 1971.
- BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**, 10ª ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BONAVIDES, Paulo **Curso de Direito Constitucional**. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5ª ed. Coimbra: Almedina, 2000.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes e MOREIRA, Vital Moreira, **Constituição da República Portuguesa Anotada**, 3ª ed., Coimbra, 1993, v. 1.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 2ª Edição. São Paulo: Saraiva, 1998.
- CARRIÓ, Genaro, **Notas sobre Derecho Y Lenguage**, 2ª Edição., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1979.
- CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional didático**. 4ª Edição, Belo Horizonte: Del Rey, 1997.
- CENEVIVA, Walter. **Segredos Profissionais**. 1ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.
- COSTA JUNIOR, Paulo José da. **O direito de estar só: tutela penal da intimidade**. (s.e.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1970.
- COSTA PINTO, Frederico de Lacerda da, **Direito Processual Penal**, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1998.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do estado**. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

DELMANTO, Celso. **Código penal comentado**. 3ª ed. atual. e ampl. por Roberto Delmanto. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1991.

DIAS NETO, Theodomiro. **O direito ao silêncio: tratamento nos direito alemão e norte-americado**. In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Ano 5, n. 19. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, julho/setembro, 1997.

FENECH, Miguel. **Derecho Procesal Penal**. 2ª ed. Barcelona: Editorial Labor, 1952, v. 1.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 1ª ed. São Paulo. Saraiva: 1999.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón**. 3ª ed. Madrid: Editorial Trotta, 1998.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 25ª ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

FLORIAN, Eugênio. **Elementos de Derecho Processual Penal**. Barcelona: Bosch. s. ed. s.d.

FRANCO, Alberto Silva. **Código de Processo Penal e sua Interpretação Jurisprudencial**. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GARCIA, Maria. **O devido processo legal e o direito de permacer calado**. In: *Revista dos Tribunais (cadernos de direito constitucional e ciência política)*. Ano 5, n.20, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães, **Direito à Prova no Processo Penal**, 1ª ed. São Paulo: Editora RT, 1997.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva: 1993. p.205

GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance e GOMES FILHO, Antonio Magalhães: **As Nulidades no Processo Penal**. 6ª ed. São Paulo. Saraiva: 1997.

\_\_\_\_\_. **Interrogatório do réu (direito ao silêncio)**. In: *Enciclopédia Saraiva do Direito*. Coordenação de Rubens Limongi França. São Paulo: Saraiva, 1977. v. 46.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Direitos Fundamentais, processo e princípio da proporcionalidade**. In *Dos direitos humanos aos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

\_\_\_\_\_. **Para uma filosofia da filosofia**. Fortaleza: UFC, 1999.

\_\_\_\_\_. **Introdução à filosofia e à epistemologia jurídica.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

\_\_\_\_\_. **Introdução ao direito processual constitucional.** 1ª ed. Porto Alegre: Síntese, 1999.

HESSE, Konrad. **Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland.** 15ª ed. Heidelberg: C.F. Muller Juristischer Verlag, 1985.

JARDIM, Afrânio Silva. **Direito Processual Penal.** 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito Penal.** 23ª ed. atual. e ampl.. São Paulo: Editora Saraiva, vol. 1, 1999.

MAIER, Julio B. J.. e STRUENSEE, Eberhard, **Las Reformas Procesales Penales en América Latina.** s.ed. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2000.

MALATESTA, Nicole Franmarino Dei. **A lógica das provas.** 2ª ed., tradução de J. Alves de Sá, São Paulo: Livraria Clássica Editora, 1927.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal.** 1ª ed., 2ª Tiragem. Campinas: Editora Bookseller, 1998. v. 2.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito.** Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1947.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo Penal,** 10ª ed. São Paulo: Atlas, , 2000.

\_\_\_\_\_. **Código de Processo Penal Interpretado.** 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MIRANDA, Jorge. **Textos históricos do direito constitucional.** 2ª ed. Lisboa: Imprensa Nacional, 1990.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais (Comentários aos artigos 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil).** 2ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 1998. v. 3

\_\_\_\_\_. **Direito constitucional.** 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2000.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; MORAES, Maurício Zanoide de. **Direito ao silêncio no interrogatório.** In: *Revista Brasileira de Ciências Criminais.* Ano 2, nº 6. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, abril/junho, 1994.

NALINI, José Renato. **Ética geral e profissional.** 2ª ed. ver. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1999.

NORONHA, E. Magalhães. **Curso de Direito Processual Penal.** São Paulo: Saraiva, 9ª edição, 1995.

NUCCI, Guilherme de Souza. **O valor da confissão como meio de prova no processo penal**. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

PORTO, Hermínio Alberto Marques. **Júri**, 2ª ed. Ampliada e Atualizada, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

PRADO, Geraldo. **O direito ao silêncio**. In: *Juris Poiesis* (Revista dos Cursos de Direito da Universidade Estácio de Sá - Edição comemorativa dos 30 anos de criação dos cursos de direito), Ano I, n.I. Rio de Janeiro: Editora Universidade Estácio de Sá, 1999. p.160.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 21ª ed. São Paulo Saraiva, 1994.

\_\_\_\_\_. **Filosofia do direito**. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Teoria do Delito**. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2000.

SCHMITT, Carl. **Teoria de la Constitución**. Madri: Alianza Universidad Textos, 1996.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 15ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999.

STEINER, Sylvia Helena de Figueiredo. **A Convenção Americana – Sobre Direitos Humanos e sua Integração ao Processo Penal Brasileiro**. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

STUMM, Raquel Denize. **Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro**. 1ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 1995.

TIEDEMANN, Klaus. **Introducción al Derecho Penal y al Derecho Penal Procesal**. s.ed. Barcelona: Ariel, 1989.

TOBENAS, José Castan. **Los derechos del hombre**. Madrid: Editorial Reus, 1976.

TORNAGHI, Hélio. **Curso de Processo Penal**. 10ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 1997.

TOURINHO FILHO. Fernando da Costa. **Processo Penal**. 22ª ed. ver. atu. e amp., São Paulo: Saraiva, 2000. v. 3.

\_\_\_\_\_. **Manual de Processo Penal Comentado**. 5ª ed. Ver. Atu. Amp., São Paulo: Saraiva, 1999.

\_\_\_\_\_. **Código de processo penal comentado** (artigos 1° a 393). 1ª ed. atualizada até agosto de 1996. São Paulo: Saraiva. 1996. v. 1.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro**,<sup>a</sup> edição. São Paulo: Saraiva, 1993.

VITU, André. **Procédure Penale**. s. ed. Paris: Presses Universitaires de France, 1957.

ZAPPALÀ, Enzo. **Diritto Penale**. 2ª ed. Milano: Giuffrè Editore, 1996.