



Universitário de Brasília - Uniceub

Faculdade Centro de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS

LEONARDO ALENCAR SALUSTIANO

**A GARANTIA DO CONTRADITÓRIO *versus* A GARANTIA
CONTRA AUTOINCRIMINAÇÃO: UMA ANÁLISE EM FACE
DO INTERROGATÓRIO DE CORRÉU**

Brasília

2017

LEONARDO ALENCAR SALUSTIANO

**A GARANTIA DO CONTRADITÓRIO *versus* A GARANTIA
CONTRA AUTOINCRIMINAÇÃO: UMA ANÁLISE EM FACE
DO INTERROGATÓRIO DE CORRÉU**

Trabalho de conclusão de curso apresentado
como requisito para obtenção do grau de
bacharel em Direito no Centro Universitário de
Brasília

Orientador: Prof. Humberto Fernandes de
Moura.

Brasília
2017

Dedico este trabalho à minha família, que foi o meu suporte durante toda essa jornada, em especial a minha irmã Elian, grande incentivadora e inspiradora na escolha do curso.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a Deus que me propiciou essa realização, me capacitando em todos os momentos.

A esta universidade, todo seu corpo docente, administração e direção que oportunizam essa porta de aprendizado.

Ao meu orientador, professor Humberto Fernandes de Moura, pelos incentivos, correções e por todo suporte em pouco tempo que coube.

A minha família, meus pais Novan e Tamar, meus irmãos Elian, Eliel e Elisabete por todo suporte e ajuda. Por ser sempre a minha base de sustentação.

A minha namorada Joseline por toda compreensão, ajuda e paciência.

E a todos os meus amigos que de alguma forma fizeram parte dessa jornada.

Sumário

INTRODUÇÃO	7
1. PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO	9
1.1. Contraditório: breves considerações introdutórias.....	9
1.2. Princípio do Contraditório na Constituição Federal.....	14
1.3. Princípio do contraditório na legislação infraconstitucional.....	17
1.4. Os princípios da igualdade e do contraditório	21
1.5. Reflexão geral do princípio do contraditório	22
2. PRINCÍPIO CONTRA A AUTOINCRIMINAÇÃO NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO	25
2.1. Não Autoincriminação: breves considerações introdutórias.....	25
2.2. Princípio contra a autoincriminação na Constituição Federal	27
2.3. Princípio contra a autoincriminação na legislação infraconstitucional	28
2.4. Direito ao silêncio e o princípio contra a autoincriminação: <i>nemo tenetur se detegere</i>	31
2.5. Reflexões gerais sobre o princípio contra a autoincriminação	33
3. DA ANÁLISE A RESPEITO DA APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO AO INTERROGATÓRIO DE CORRÉU	35
3.1. Metodologia de Análise	35
3.2. Da Análise do <i>Habeas Corpus</i> Nº 100.792-RJ/STJ.....	36
3.3. Da análise do <i>Habeas Corpus</i> Nº 162.451-DF/STJ	42
3.4. Da análise comparativa dos <i>Habeas Corpus</i>	45
3.4.1. Ponto em comum: Falta de fundamentação	45
3.4.2. Qual <i>Habeas Corpus</i> deve prevalecer? Análise a partir do princípio da proporcionalidade.....	48
CONCLUSÃO.....	51

REFERÊNCIAS.....54

INTRODUÇÃO

A presente monografia trata sobre a análise da colisão de dois princípios constitucionais do processo penal brasileiro, o princípio do contraditório *versus* o princípio contra a autoincriminação ou de não autoincriminação que se dá no interrogatório em que haja litisconsórcio passivo, ou seja, processos com corréus.

A celeuma se dá no momento do interrogatório de corréu, uma vez que de um lado há o interrogado que não está obrigado a produzir provas contra si mesmo, nem devendo ser coagido a tal. Do outro lado o advogado e o outro corréu que tem o direito de contraditar a outra parte, de refazer perguntas para ver satisfeita a sua defesa, de modo a garantir que seu contraditório seja pleno e efetivo. Porém, como os magistrados devem se posicionar nessas situações?

É de grande importância a discussão do tema, pois, os princípios constitucionais são de extrema relevância tanto para o sistema processual penal brasileiro como para o sistema constitucional como um todo, definindo a estrutura basilar, os fundamentos e as garantias básicas de todo o sistema constitucional, penal e processual penal brasileiro.

Portanto, é imprescindível o estudo do tema para que os direitos fundamentais não sofram demasiadas restrições quando da sua análise e fundamentação das decisões para restringi-los, principalmente nas Cortes Superiores, devido sua importância e repercussão de suas decisões para as instâncias inferiores, devendo transmitir segurança jurídica em todas as suas decisões.

Assim, no primeiro capítulo analisaremos inicialmente o princípio do contraditório no processo penal brasileiro, tecendo algumas considerações importantes sobre o Princípio. Primeiramente, se estabelecerá uma diferença de como se dá a incidência do Contraditório em processo penal e nos outros processos e como o aplicador do direito deve observar em processo penal essa diferenciação para os outros processos.

Verificaremos através de um sintético histórico da previsão do Princípio nas Constituições anteriores até se firmar como uma garantia constitucional na atual Carta Magna de 1988 e ainda sua previsão e incidência nas legislações infraconstitucionais, destacando a previsão no Código de Processo Penal.

Asseverando para as diferenças e do princípio do contraditório e do princípio da igualdade, e suas peculiaridades. Para por fim fazer uma reflexão geral do princípio e a sua importância nos interrogatórios de corréus.

No segundo capítulo, verificaremos isoladamente o princípio contra a autoincriminação ou da não incriminação, explicando a sua previsão implícita na Constituição Federal de 1988 e a derivação do direito de permanecer calado.

Através de uma breve descrição do Princípio na legislação infraconstitucional, será feita a análise, passando por sua previsão nos diplomas infralegais anteriores e a legislação processual penal vigente com suas atuais modificações e na Convenção Americana de Direitos Humanos.

Já no terceiro capítulo, partiremos da análise de dois *Habeas Corpus*, o de nº 100.792-RJ e o de nº 162.451-DF, ambos do Superior Tribunal de Justiça que foram decididos de forma divergente sobre qual princípio deva prevalecer sobre o outro.

Para Analisarmos o teor das decisões utilizaremos a Metodologia de Análise das Decisões – MAD, para verificar à luz da teoria do autor clássico Robert Alexy, sobre a aplicação do Princípio da Proporcionalidade. Por fim, fazendo uma breve conclusão sobre as decisões do Superior Tribunal de Justiça examinadas.

Indicando, qual *Habeas Corpus* e qual princípio deve prevalecer, na colisão de princípios constitucionais, no interrogatório de corréu. Estabelecendo por fim, parâmetros mínimos de segurança jurídica nas decisões que tratam sobre conflitos de princípios constitucionais.

1. PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Nessa primeira parte faremos breves considerações sobre o princípio do Contraditório que é um dos princípios colidentes nos *Habeas Corpus* do Superior Tribunal de Justiça em análise, de forma a compreendermos os institutos que permeiam o Princípio e a sua relevância como princípio garantidor do Processo Penal Brasileiro.

Fazendo a diferenciação de sua incidência nos processos extrapenais e no processo penal, um breve resumo da sua aplicação nas Constituições brasileiras anteriores e na Constituição de 1988. Uma análise de sua previsão e incidência na legislação infraconstitucional, verificando ainda as distinções entre o Princípio da Igualdade e o Princípio do Contraditório, para finalmente fazer uma reflexão geral sobre o Princípio estudado.

1.1. Contraditório: breves considerações introdutórias

Trata-se de um princípio inerente ao processo, constitucionalmente assegurado aos acusados, e não somente aos acusados em geral como também aos litigantes em outros processos judiciais e administrativos. Como está previsto na Constituição Federal de 1988, de modo que às partes em processos judiciais e administrativos é garantido esse princípio como prevê, principalmente o art. 5º, LV, da Constituição Federal, de onde se extrai expressamente o princípio:

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

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;¹

Por se tratar de um princípio processual, é inerente às partes como versa Nery Junior ao tratar do assunto:

A garantia do contraditório é inerente às partes litigantes – autor, réu, litisdenunciado, oponente, chamado ao processo -, assim como também ao assistente litisconsorcial e simples e ao Ministério Público, ainda quando atue na função de fiscal da lei. Todos aqueles que tiverem alguma pretensão de

¹BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 13/11/2016.

direito material a ser deduzida no processo têm direito de invocar o princípio do contraditório em seu favor.²

Assim, este princípio é voltado e principalmente assegurado, a todos que figurem em um processo como parte interessada. Deste modo, este princípio não está assegurado a todos os brasileiros mas, exclusivamente às partes interessadas em processos judiciais ou administrativos. Por este motivo que se diz que é um princípio inerente ao processo e portanto, assegurado aos seus figurantes e não a qualquer pessoa.

O princípio do Contraditório consiste basicamente na “necessidade de informação e a possibilidade de reação”³. Versa ainda Fernandes, que:

Entre nós, tem-se, em regra, adotado noção clássica de Joaquim Canuto Mendes de Almeida, que abrange esses dois elementos e define o contraditório como a “ciência bilateral dos atos e termos processuais e possibilidade de contrariá-los”⁴.

Tem assim, o princípio do Contraditório estreita ligação com o princípio da igualdade e do direito de ação, que se manifestam no processo através deste princípio⁵. O que garante que uma parte tenha o mesmo direito da parte contrária, ou seja, o juiz ouvindo uma parte, deverá obrigatoriamente ouvir a outra, possibilitando assim, que as partes exponham suas razões⁶. Havendo assim, o direito de contradizer a outra parte, daí se diz contraditório. Porém, Grinover entende que, apresentadas as provas influirão no convencimento do juiz e que, portanto:

É pela soma da parcialidade das partes (uma representando a tese e a outra, a antítese) que o juiz pode corporificar a síntese, em um processo dialético. É por isso que foi dito que as partes, em relação ao juiz, não têm papel de antagonistas, mas sim de “colaboradores necessários”: cada um dos contendores age no processo tendo em vista o próprio interesse, mas a ação combinada dos dois serve à justiça na eliminação do conflito ou controvérsia que os envolve⁷.

² NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 7ª edição. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2002. p. 136.

³ FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 6ª edição. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2010. p. 57.

⁴ FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 6ª edição. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2010. p. 57.

⁵ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 7ª edição. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2002. p. 135.

⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. *O Processo – III Série Estudos e Pareceres de Processo Penal*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 16.

⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini. *O Processo – III Série Estudos e Pareceres de Processo Penal*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013. p. 16.

Tem-se então por princípio do contraditório basicamente a necessária comunicação dos atos processuais, ou seja, informação e os meios para efetivamente “ataca-los”, assim caracterizando a reação. É assegurado constitucionalmente, uma vez que está previsto no nosso ordenamento jurídico na Constituição Federal.

Porém, para a doutrina a incidência do princípio do contraditório no processo penal e no processo civil brasileiro, se dá de forma diferente, uma vez que o âmbito de incidência do princípio é medido pelo bem jurídico tutelado daquele processo na qual este bem jurídico esteja em jogo.

Como o processo civil está assegurando bens que geralmente são disponíveis, o âmbito de incidência do Contraditório é menor e, portanto a incidência da garantia se dá de forma menos acentuada, chegando a entenderem alguns processualistas que basta a observação do “princípio da bilateralidade” em processo civil, não sendo assim necessária a exigência do princípio do Contraditório em processo civil.

Já no processo penal como geralmente são assegurados bens indisponíveis, como por exemplo, a liberdade, a relevância do princípio se faz necessária. Tornando assim, o âmbito de incidência maior, devendo o Contraditório ser pleno e efetivo ou ainda como preleciona Tucci

*Essa contraditoriedade, ademais, deve ser efetiva, real, em todo o desenrolar da persecução penal, a fim de que, “perquirida à exaustão, a verdade material, reste devidamente assegurada a liberdade jurídica do” indivíduo enredado na persecutio criminis.*⁸

Assim, conforme versa o autor Nery Junior “O contraditório deve ser observado em consonância com as peculiaridades do processo sobre o qual esteja sendo aplicado, alcançando diferente incidência no penal e no civil.”⁹

Em Processo Penal o princípio do Contraditório deve ocorrer, em todas as fases processuais até o seu encerramento, de forma que propicie a parte, a plenitude de Contraditório, para tanto, é necessário que a parte esteja informada dos atos processuais. Daí diz-se que o Contraditório deve ser pleno.

⁸ TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro*. 4ª edição. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2011. P. 159.

⁹ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 7ª edição. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2002. p. 137.

Ainda deve também propiciar às partes condições efetivas, e não apenas formais, para exporem suas razões, de forma que o Contraditório seja real, possibilitando às partes reação contra as acusações que lhes são imputadas. Neste sentido Fernandes “No processo penal é necessário que a informação e a possibilidade de reação permitam um contraditório pleno e efetivo”¹⁰.

Por esses motivos o processo penal não prossegue à revelia, ou seja, a parte ré sempre deverá ser “defendida” em processo penal, estando sempre ciente de todos os atos processuais, por isso do defensor *ad hoc* quando o acusado não tem uma defesa técnica no momento da audiência, do defensor dativo e ainda o defensor público.

Assim, não é necessário somente o defensor, mas a sua defesa técnica deve ser feita de forma satisfatória, não apenas para preencher uma formalidade processual, mas deverá ser verdadeiramente efetiva. De forma que, caso a defesa não seja suficientemente satisfatória poderá inclusive em alguns casos gerar a nulidade do processo.

O mesmo não acontece no Processo Civil, que pode se dar mesmo com a revelia da parte, ou seja, não é necessário em processo civil que as audiências e os atos processuais se deem com a concordância ou conhecimento da parte. O que significa dizer que basicamente o processo continua mesmo sem o consentimento da parte revel.

Por tal motivo, alguns processualistas entendem que, em processo civil, só incide na verdade o “princípio da bilateralidade da audiência”, fazendo assim uma distinção entre o princípio do contraditório e o princípio da bilateralidade da audiência. Nesse sentido, Fernandes cita os autores Arruda Alvim e Calmon de Passos, *in verbis*:

Para Arruda Alvim, “na verdade o princípio da bilateralidade da audiência expressa somente a necessidade de se proporcionar ao réu o conhecimento do que contra ele se pede, ensejando-lhe a possibilidade de defesa. O do contraditório, porém, implica necessariamente que se tenha observado num processo, com igualdade de oportunidades para ambas as partes, ampla discussão – discussão efetiva – sobre a causa”. Acrescenta: “Na realidade nosso Direito Positivo adota, tão somente, o princípio da bilateralidade de audiência, em especial, na nova legislação, onde a revelia, como regra geral, importa na veracidade formal dos fatos alegados pelo autor.

Calmon de Passos também realça, no processo civil, o princípio da bilateralidade da audiência, dando-lhe assento constitucional: “Encontra ele sua origem e fundamento na velha romana: *audiatur et altera pars* e, hoje, na garantia constitucional de que aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ele inerentes e de que a lei não

¹⁰ FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 6ª edição. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2010. p. 57.

excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (art. 5º, incisos XXXV e LV)”. Mais adiante, acentua: “Modernamente, entendeu-se estar assegurado o princípio da bilateralidade da audiência com a mera ciência do réu de que contra ele se ajuizou uma ação, cumprindo-lhe comparecer ou não, segundo seu interesse, vale dizer, aceitou-se pudesse correr o processo à revelia do demandado, entendida a defesa não como um dever, mas como um ônus.”¹¹

Portanto, há diferença quanto ao princípio do contraditório no processo penal e nos outros processos, principalmente no processo civil, onde sua incidência pode ser suprimida pelo princípio da bilateralidade das partes em audiência, como defendem alguns autores.

Assim, o juiz que lida com o processo penal, quando da aplicação do princípio, deve se preocupar em fazer essa diferenciação, não podendo, em processo penal, suprimir o princípio do contraditório, como ocorre em processo civil, onde a observância do princípio da bilateralidade das partes em audiência, já é suficiente. Sendo assim, é admitido o seguimento da causa à revelia, ou seja, os atos processuais se dão sem a ciência do réu.

Aqui, o juiz deverá sempre observar a contrariedade, não podendo ser suprimida essa garantia constitucional, uma vez que ela deve ser plena e efetiva, para assegurar os bens juridicamente assegurados por ela, devido à importância desses bens tutelados pelo processo penal. Ainda, como preleciona Fernandes:

A diversidade de exigência para a observância do contraditório expressa formas diferentes de reflexo do direito material sobre o direito processual, pois quanto mais indisponível o direito em jogo maiores devem ser as preocupações garantistas e, entre elas, a de que o contraditório seja efetivo e pleno.¹²

Ademais, só poderá deixar de incidir tal princípio, se caso ocorra a incidência de outro princípio também constitucional em um mesmo processo, o que é denominado de colisão de princípios constitucionais. Porém, para tanto, deverá fazer uma aprofundada análise sobre qual princípio deverá prevalecer em detrimento do outro, e ainda, fundamentá-lo, não bastando a simples aplicação do princípio da proporcionalidade.

¹¹ FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 6ª edição. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2010. p. 59.

¹² FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 6ª edição. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2010. p. 59-60.

Deve essa interpretação, caso não observe tais preceitos, ser considerada inconstitucional como preleciona Cintra: “Em virtude da natureza constitucional do contraditório, deve ele ser observado não apenas formalmente, mas sobretudo pelo aspecto substancial, sendo de se considerar inconstitucionais as normas que não o respeitem”.¹³

1.2. Princípio do Contraditório na Constituição Federal

A Constituição Federal de 1988 prevê o princípio do contraditório, em seu artigo 5º, inciso LV. Dispõe que, “(...) aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.”¹⁴

Assim, além de *status* constitucional, também tem o *status* de garantia fundamental. Isso significa dizer que, como uma das consequências, o dispositivo se trata de uma cláusula pétrea, e o seu teor não pode sofrer alterações, tamanha importância do dispositivo. O que assegura às partes em processos judiciais e administrativos tal princípio, sendo que nem sempre foi assim.

A primeira Constituição brasileira a trazer o princípio do contraditório em seu bojo foi a “Polaca”. A Revolução de 1930 em que ocorreu o golpe de Estado, onde Getúlio Vargas tomou o poder dando fim à República Velha, iniciou um novo período histórico em nosso país, a Era Vargas.

Após o Governo Provisório, instituído em 1930 até 1934, e ainda após o Governo Constitucional (1934-1937), o Estado Novo foi instituído. Em 10 de novembro de 1937 foi outorgada a nova Constituição, que previa expressamente em seu artigo 122, número 11, segunda parte:

Art. 122 - A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no País o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

11) à exceção do flagrante delito, a prisão não poderá efetuar-se senão depois de pronúncia do indiciado, salvo os casos determinados em lei e mediante ordem escrita da autoridade competente. Ninguém poderá ser conservado em prisão sem culpa formada, senão pela autoridade competente, em virtude de

¹³ CINTRA. Antonio Carlos de Araújo, Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco. *Teoria Geral do Processo*. 16ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2000. p. 57.

¹⁴ BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 30/10/2016.

lei e na forma por ela regulada; **a instrução criminal será contraditória, asseguradas antes e depois da formação da culpa as necessárias garantias de defesa.**¹⁵*grifo nosso.*

Em 1942, o dispositivo foi suspenso pelo Decreto nº 10.358, de 31 de agosto de 1942, que declarou guerra em todo território nacional, uma vez que o Brasil havia entrado na Segunda Guerra Mundial. A guerra foi declarada aos países do Eixo, principalmente a Alemanha que, por vários fatores vinha atacando e afundando embarcações nas costas brasileiras com seus submarinos.

O decreto versava: “Art. 2º Na vigência do estado de guerra deixam de vigorar desde já as seguintes partes da Constituição: art. 122, ns. 2, 6, 8, 9, 10, 11, 14 e 16”¹⁶.

Após a Segunda Guerra, com a deposição de Getúlio Vargas e com a abertura da redemocratização do país, se deu o fim da Era Vargas. Sendo assim, foi elaborada uma nova Constituição, a de 1946. O dispositivo que tratava sobre o contraditório voltou a vigorar, porém teve o seu dispositivo reformado passando a estar previsto no Capítulo II, Dos direitos e das Garantias Individuais. O art. 141, § 25, dispunha:

Art. 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:
§ 25 - É assegurada aos acusados plena defesa, com todos os meios e recursos essenciais a ela, desde a nota de culpa, que, assinada pela autoridade competente, com os nomes do acusador e das testemunhas, será entregue ao preso dentro em vinte e quatro horas. **A instrução criminal será contraditória.**¹⁷*Grifo nosso.*

Entretanto, mesmo após as mudanças, o dispositivo praticamente não mudou o seu teor quanto ao princípio do contraditório.

Após o período pós-guerra, e posteriormente com a ditadura militar em 1964, o Brasil passa por uma nova reforma, sendo então semioutorgada uma nova

¹⁵ BRASIL. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 10 de novembro de 1937)*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm. Acesso em: 31/10/2016.

¹⁶ BRASIL. *Decreto Nº 10.358, de 31 de agosto de 1942*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D10358.htm#art2. Acesso em: 31/10/2016.

¹⁷ BRASIL. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946)*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm. Acesso em: 31/10/2016.

Constituição em 67. Com o advento da ditadura militar a Constituição novamente sofre muitas alterações, tendo vários direitos e dispositivos fundamentais suprimidos.

Porém, o princípio do contraditório, apesar das alterações, não foi suprimido, pelo menos não do texto constitucional. Mas, novamente o dispositivo sofreu alterações em sua estrutura, sendo modificado no artigo basicamente a sua alocação de previsão na Constituição. Sem modificações significativas em seu teor, o dispositivo passou a estar previsto agora, no Capítulo IV, Dos Direitos e Garantias Individuais, artigo 150, parágrafo 16º, seu texto dizia:

Art. 150 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 16 - **A instrução criminal será contraditória**, observada a lei anterior quanto ao crime e à pena, salvo quando agravar a situação do réu.¹⁸*Grifo nosso.*

Em 1969, a Constituição foi emendada e, apesar de vários artigos terem sido alterados, mais uma vez, quanto ao contraditório, nada de relevante se alterou. Exceto quanto à sua alocação no texto constitucional, que sendo modificada mais uma vez, passou a ter sua previsão legal agora ainda no Capítulo IV, Dos Direitos e Garantias Individuais, porém, agora no artigo 153, parágrafo 16. O seu texto foi mantido:

Art. 153. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

§ 16. **A instrução criminal será contraditória**, observada a lei anterior, no relativo ao crime e à pena, salvo quando agravar a situação do réu.¹⁹

Como é notório, todas estas constituições previam o contraditório somente para a instrução criminal, de forma a não recepcionar expressamente os outros ramos do direito. O que era motivo de discussão na doutrina: estaria o contraditório assegurado somente no processo penal?

A celeuma foi solucionada com a redação da atual Constituição: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.”²⁰

¹⁸ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1967*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm. Acesso em: 02/11/2016.

¹⁹ BRASIL. *Emenda Constitucional Nº 1, de 17 de outubro de 1969*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm. Acesso em: 02/11/2016.

A Constituição Federal de 1988 ampliou o seu âmbito de aplicação, pois além de assegurar o contraditório na persecução penal, também o assegurou em todos os processos judiciais e administrativos. Apesar de, como entendem alguns autores, o seu âmbito de incidência se dar de forma peculiar para cada processo, é obrigatória a sua observação, não podendo assim, ser suprimido tal princípio.

Ademais, em processo penal a redação atual da Constituição não restringe o contraditório apenas à parte instrutória, como previam as Constituições anteriores. Porém, como destaca Fernandes, esse já era o entendimento da doutrina à época.

Aliás, mesmo antes, a doutrina compreendia na exigência do contraditório as alegações das partes, afirmando que a atividade instrutória abrange todos os atos capazes de influir na formação do convencimento do julgador, pela prova e fora da prova ou que instruir equivale a preparar.²¹

Portanto, o princípio do contraditório, apesar de ser previsto a um bom tempo, só agora com a Constituição de 1988, passa a ser expressamente garantido a todos os processos judiciais e administrativos. Ainda em processo penal, apesar de se poder extrair entendimento diverso das Constituições anteriores, só agora com a atual Constituição pode se dar em sua plenitude e eficiência, podendo todos os acusados durante o processo dispor do Princípio.

Além de previsto na Constituição, o princípio do contraditório também está previsto na legislação infraconstitucional, servindo o princípio constitucional de alicerce para as legislações penais.

1.3. Princípio do contraditório na legislação infraconstitucional

As legislações inferiores à Constituição também preveem o princípio do contraditório em seus bojos. Portanto, para o processo penal é importante destacar além da sua previsão no Código de Processo Penal Brasileiro, o Pacto de São José da Costa

²⁰BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 02/11/2016.

²¹ FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 6ª edição. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2010. p. 60-61.

Rica da qual o Brasil é signatário, salientando sua importância para o ordenamento jurídico brasileiro como um todo.

O Pacto de São José da Costa Rica, também conhecido como Convenção Americana sobre Direitos Humanos prevê o princípio do contraditório no seu artigo 8º, prevendo que:

Artigo 8. Garantias judiciais

1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. **Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:**

- a. direito do acusado de ser assistido gratuitamente por tradutor ou intérprete, se não compreender ou não falar o idioma do juízo ou tribunal;
- b. comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada;**
- c. concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa;
- d. direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor;**
- e. direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei;
- f. direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos;**
- g. direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada;
- h. direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior.²²*Grifo nosso.*

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos serve de base para todo o ordenamento infraconstitucional, devida sua importância. Estando posicionada hierarquicamente no ordenamento jurídico brasileiro, abaixo da Constituição, porém acima das leis.

No processo penal brasileiro com a alteração trazida pela Lei n.º 11.690/08 o artigo 155 do Código de Processo Penal passou a não considerar como prova o que foi

²²COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Inicial. *Convenção Americana de Direitos Humanos*. Disponível em: http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.Convencao_Americana.htm. Acesso em: 17/11/2016.

produzido durante a fase inquisitorial. Somente o que foi produzido em contraditório judicial pode influir na convicção do juiz.

Assim, só é exigida a incidência do princípio do contraditório durante o processo judicial em si, não sendo exigida na sua totalidade durante a fase inquisitorial, no inquérito policial.

O art. 5º, LV da Constituição Federal, diz que: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório [...]”²³, podendo se extrair tal entendimento do texto constitucional.

De modo que não se inclui no texto o inquérito policial, uma vez que não se trata de processo administrativo e nem judicial, ainda. Mas trata-se de vários atos que a autoridade administrativa praticou.²⁴ Assim, o inquérito policial não configura um processo, ainda como ensina Fernandes:

Sequer o inquérito é procedimento, pois falta-lhe característica essencial do procedimento, ou seja, a formação por atos que devam obedecer uma sequência predeterminada pela lei, em que, após a prática de um ato, passa-se à do seguinte até o último da série, numa ordem ser necessariamente observada.²⁵

Porém, há divergências na doutrina, entendendo alguns autores de forma contrária. Como sustenta Rogério Lauria Tucci, versando que:

Nesse sentido, forte corrente de opinião evolui no sentido de que, em quaisquer procedimentos administrativos, seja qual for a sua natureza – portanto, mesmo os não-punitivos –, a contraditoriedade só se efetiva se à própria pessoa, física ou jurídica, interessada, é dado participar da respectiva tramitação, por si mesma, ou por meio de representante legalmente habilitado [...]²⁶

Entendendo o autor que o contraditório deve ser necessariamente, em toda a persecução penal, pleno e real, incluindo aí a investigação policial, para que se satisfaça

²³ BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 03/11/2016.

²⁴ FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 6ª edição. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2010. p. 62.

²⁵ FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 6ª edição. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2010. p. 62.

²⁶ TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro*. 4ª edição. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2011. p. 160.

a atuação da defesa, possibilitando maiores chances de liberdade para o indiciado, posteriormente acusado.

Entretanto, mesmo que haja um contraditório limitado na fase inquisitorial, onde a parte não é comunicada sobre todos os atos que a autoridade pratica, nem tem acesso a todos os documentos produzidos nesta fase, tendo acesso a alguns documentos e não podendo questioná-los neste momento, o que na verdade poderia acarretar na ineficiência das investigações.

O que ocorre em nosso sistema judicial criminal, é que todas as medidas tomadas durante o inquérito policial, incluindo-se os interrogatórios das testemunhas e principalmente dos suspeitos, deverão ser submetidos ao contraditório. Isso deve ser feito posteriormente, durante as audiências, dentro de um processo criminal, dando a oportunidade aos acusados de contraditarem toda a prova produzida durante a fase inquisitorial.

A doutrina chama de contraditório postergado ou diferido, uma vez que é feito após a produção da prova, não podendo ser questionada logo da sua produção, como ocorre em audiência. Nesse sentido:

Para Rogério Lauria Tucci são situações “de contraditório denominado posticipato, ou diferido”, sem “violação à garantia da bilateralidade da audiência, que, firme, se vê apenas diferida para momento ulterior à pronúncia de ato decisório liminar, prosseguindo-se regularmente no procedimento instaurado [...]”²⁷

Portanto, mesmo que não haja contraditório no inquérito policial, ou que seja limitado, todas as provas são submetidas posteriormente durante a fase processual ao contraditório postergado. Toda prova produzida na fase inquisitorial, poderá ser submetida ao confronto e contestação do acusado.

Assim também na audiência é que se efetiva o princípio do contraditório, onde as partes têm a capacidade e a oportunidade em plenitude. Efetivamente, podem opor suas provas e contestações de todos os atos até então praticados, através de uma defesa técnica habilitada para tal prática.

O advogado deve estar capacitado e preparado para ver satisfeita a defesa de seu cliente, sendo dada ao próprio réu a oportunidade de se pronunciar em sua defesa e

²⁷ FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 6ª edição. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2010. p. 63.

inclusive, de ouvir todas as partes que estão envolvidas e arroladas naquele processo, incluindo-se o corréu e todos os interrogatórios que poderão ser contraditados exatamente naquela fase processual.

De forma que às partes se assegure as mesmas condições de ação e reação, nesse sentido Fernandes:

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 seu encerramento. Efetivo porque não é suficiente dar à parte a possibilidade formal de se pronunciar sobre os atos da parte contrária, sendo imprescindível proporcionar-lhe 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, estarem as partes munidas de forças similares.²⁸

Ademais a oportunidade dada às partes não devem ser meras formalidades para se seguir um rito ou um protocolo, o contraditório deve ser assim real. É aí que deve ser feita uma ponderação de oportunidades de defesa das partes, denominado princípio da paridade de armas.

1.4. Os princípios da igualdade e do contraditório

O contraditório em processo criminal é assegurado a ambas as partes, ou seja, a Constituição Federal ao assegurar o princípio do contraditório não o garante exclusivamente ao réu, mas também está assegurando ao Ministério Público. Pois é intrínseco ao conceito que haja duas partes onde uma possa dizer e a outra contradizer, sendo assim assegurada aos dois a ciência dos atos da outra parte e a oportunidade de contrariá-la.

Deste modo não se pode extrair da norma constitucional que o contraditório só se destina ao réu e que, portanto:

Não se pode invocar, para repelir essa afirmação, o argumento de que a norma constitucional se destina a garantir apenas o indivíduo, pois, ao se exigir o contraditório em relação ao Ministério Público, está-se também garantindo o indivíduo. [...] É, assim, necessário existir no processo penal

²⁸ FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 6ª edição. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2010. p. 57.

partes em posições opostas, colocadas em condições de contrariarem os atos da parte adversa.²⁹

Entretanto, não se amolda nessa relação o princípio da igualdade, pois há certa disparidade do réu em relação ao Ministério Público que é notório, de modo que aqui o princípio da igualdade não se confunde com o princípio do contraditório.

O que há é uma relação entre princípios, onde é garantido o contraditório a ambas as partes contrapostas, ficando assim assegurado igual tratamento a ambos. Pois no contraditório o que é garantido é que uma parte possa confrontar a outra exigindo ainda a ciência dos atos da parte contrária, assim os princípios não se confundem.

O mesmo acontece em relação a corréus onde o princípio da igualdade não se confunde com o princípio do contraditório apesar de relacionarem-se, mesmo que aqui as partes estejam em mesmo nível, como assevera Fernandes:

Há, na doutrina, entendimento de que o contraditório decorre da igualdade das partes perante o juiz, de modo que não pode aceitar as afirmações, as alegações e as provas de uma delas sem ouvir ou dar oportunidade para que seja ouvida a respeito a outra parte, permitindo-se-lhe, também, o oferecimento de alegações e a produção de provas. Mas, como acentua Dinamarco, os dois princípios, ainda que se encontrem, são conceitualmente diferentes. A igualdade é mais ampla e o contraditório nem sempre se liga à igualdade, podendo existir onde há desigualdades.³⁰

Portanto o princípio do contraditório, apesar de não se confundir com o princípio da igualdade, está intrinsecamente interligado. A distinção entre esses princípios é perceptível de forma maior em relação ao Ministério Público e o réu, porém em relação a corréus no processo é menos perceptível e mais difícil de difundir os princípios que se completam.

1.5. Reflexão geral do princípio do contraditório

O princípio do contraditório em processo penal, como visto, deve se dar de forma plena e efetiva em toda a persecução penal, se diferenciando dos processos extrapenais.

²⁹ FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 6ª edição. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2010. p. 61.

³⁰ FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 6ª edição. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2010. p. 62.

Os juízes criminais devem sempre observar esta forma diferenciada de aplicação quando da incidência do princípio nos casos concretos, e ao fazer essa distinção, aplicar efetivamente o princípio em sua plenitude, conferindo às partes a informação dos atos, e a oportunidade de contrariar a parte oposta.

A evolução do princípio nas constituições trouxe à tona no âmbito penal, que a observância do princípio deve se dar em toda a persecução penal, apesar de sofrer limitações durante o inquérito policial, o que não obsta a aplicação plena do princípio, pois há posteriormente o contraditório diferido.

Assim, não é necessária com o advento da Constituição de 1988 a interpretação do princípio para se aplicar a toda persecução penal, como acontecia nas constituições anteriores. O próprio dispositivo não restringiu a incidência do princípio a uma parte do processo.

Em processo penal, há de se fazer uma diferenciação entre a incidência do princípio quando as partes são defesa e acusação, e defesa e defesa pleiteando por seus direitos, ou seja, corréus. A celeuma é maior quando as partes não são defesa e acusação, mas sim corréus em um processo.

Pois pode haver neste momento um conflito de interesses, uma colisão de princípios constitucionais. Portanto, não se trata aqui de partes “convencionais”, onde um ataca tentando imputar um fato criminoso, e o outro se defende tentando provar sua inocência.

O que há, são duas partes tentando ver satisfeitas as suas defesas e, portanto, usando de todos os meios necessários para tanto, sendo possível assim, ter que contrapor a outra parte, que não está obrigada a tal, pelo princípio da não autoincriminação.

Entretanto, ao observar todos os preceitos do contraditório “convencional”, ou seja, onde se tem autor e réu no processo, pleiteando o princípio em processo penal, é possível extrair que ele deve ser aplicado em toda e qualquer circunstância.

Portanto, deve ser aplicado em todos os casos, incluindo aos casos em que se tenha um contraditório de corréus, não devendo ser limitado às partes interessadas de forma nenhuma, e oferecer ainda oportunidades iguais, com efetivo contraditório.

Ou seja, não deve ser apenas formal, passando a ser ficto apenas para cumprir uma formalidade. Assim, por se tratar de processo penal deve ser sempre pleno

e efetivo em qualquer condição e momento, devida a importância dos direitos assegurados por ele.

2. PRINCÍPIO CONTRA A AUTOINCRIMINAÇÃO NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Nesta segunda parte ainda com a proposta de análise da colisão dos dois princípios constitucionais do processo penal brasileiro, o princípio do contraditório *versus* o princípio contra a autoincriminação ou de não autoincriminação, em face do interrogatório de corréu.

Partiremos para a análise específica do Princípio da não autoincriminação trazendo à tona algumas considerações relevantes para a aplicação e incidência do Princípio Contra a Autoincriminação no processo penal brasileiro e ainda a sua relevância para o tema.

Este é o outro princípio colidente nos *Habeas Corpus* do STJ que o presente trabalho busca analisar, por se tratar de um princípio constitucional do processo penal brasileiro assegurado a todos.

2.1. Não Autoincriminação: breves considerações introdutórias

O Princípio contra autoincriminação, ou não autoincriminação, ou ainda de não produzir prova contra si mesmo, expressões sinônimas, é um princípio que está previsto dentro do ordenamento jurídico brasileiro na Constituição Federal de 1988, no artigo 5º, inciso LXIII, *in verbis*:

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

LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;³¹

Por estar previsto na Constituição e por se tratar de um direito mínimo e de relevante importância para o acusado, deve como direito fundamental ser observado em toda a legislação penal. Diferentemente do princípio do contraditório, o princípio contra a autoincriminação não está posto de forma expressa na Constituição, mas é extraído do

³¹ BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 17/11/2016.

direito de permanecer calado. A não produção de prova contra si mesmo deriva do brocardo *nemo tenetur se detegere* que se exprime basicamente no direito assegurado ao acusado de não autoincriminação.

Deste modo, boa parte da doutrina entende há uma separação entre o direito de permanecer calado e o brocardo *nemo tenetur se detegere*, entendendo que o princípio contra autoincriminação decorre do princípio *nemo tenetur se detegere* e que portanto, quando a Constituição assegura o direito de permanecer calado, estaria assegurando implicitamente o direito de não produzir prova contra si mesmo.

Para Maria Elizabeth Queijo o princípio *nemo tenetur se detegere* tem importante relevância dimensional para o processo penal. Versando que:

O princípio *nemo tenetur se detegere* apresenta importante dimensão no processo penal, na medida em que assegura ao acusado o direito de não se autoincriminar. Dele se extrai o respeito à dignidade deste no interrogatório e que as provas de sua culpabilidade devem ser colhidas sem a sua cooperação. Tais considerações derivam da concepção de que o acusado não pode mais ser considerado objeto da prova na atual feição do processo penal.³²

Ainda entende a autora que o princípio *nemo tenetur se detegere* se manifesta tradicionalmente pelo direito ao silêncio:

A manifestação mais tradicional do princípio *nemo tenetur se detegere* é o direito ao silêncio. Importante ressaltar que esse direito somente teve lugar no modelo acusatório. No modelo inquisitório, o acusado era compelido a confessar e, por isso mesmo, não havia lugar para o direito ao silêncio.³³

Tal princípio foi se firmando como direito do acusado frente ao poder estatal, de forma que ao Estado foi se limitando aos poucos a atividade na busca da “verdade” passando de um sistema inquisitório, onde somente a confissão a qualquer custo importava, para um sistema acusatório onde o ônus da prova é da acusação, destacando o respeito à dignidade da pessoa humana.

Em relação especificamente ao interrogatório propriamente dito Aury Lopes Jr. preleciona:

³² QUEIJO, Maria Elizabeth. *O Direito de não produzir prova contra si mesmo: O princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal*. 2ª edição. São Paulo: editora Saraiva, 2012. p. 25.

³³ QUEIJO, Maria Elizabeth. *O Direito de não produzir prova contra si mesmo: O princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal*. 2ª edição. São Paulo: editora Saraiva, 2012. p. 25.

O interrogatório deve ser tratado como um verdadeiro ato de defesa, em que se dá oportunidade ao imputado para que exerça sua defesa pessoal. Para isso, deve ser considerado como um direito e não como um dever, assegurando-se o direito de silêncio e de não fazer prova contra si mesmo, sem que dessa inércia resulte para o sujeito passivo qualquer prejuízo jurídico. Além disso, entendemos que deve ser visto como um ato livre de qualquer pressão ou ameaça.³⁴

Assim, o direito de permanecer calado é uma expressão de um princípio mais abrangente, qual seja, o princípio *nemo tenetur se detegere*. De modo que ao acusado é garantido o direito de permanecer em silêncio durante seu interrogatório e de não colaborar com a atividade probatória da acusação, sem que nenhuma dessas atitudes acarrete prejuízo jurídico.

2.2. Princípio contra a autoincriminação na Constituição Federal

A Constituição Federal de 1988 prevê em seu texto, no artigo 5º, inciso LXIII, que: “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”³⁵.

Como dito antes, o princípio contra a autoincriminação se exprime através do direito de permanecer calado durante toda a persecução penal, desde o momento da prisão, passando inclusive pelo inquérito policial e ainda durante toda a fase processual, destacando-se aqui o interrogatório.

Portanto, apesar de ser um princípio bastante específico, é bastante abrangente, e se inicia ainda do momento da prisão, com destaque nesse sentido, como princípio constitucional em relação ao contraditório.

Diferentemente do princípio do contraditório, o princípio contra a autoincriminação só passou a ser prevista em um dispositivo constitucional, tendo assim caráter de direito fundamental garantido ao cidadão preso, com a Constituição Federal de 1988.

³⁴ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 11ª edição. São Paulo: editora Saraiva, 2014. p. 231.

³⁵ BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 17/11/2016.

As Constituições anteriores não davam tratamento constitucional ao dispositivo, que era previsto somente no Código de Processo Penal, como assevera Queijo:

Antes da Constituição Federal de 1988, a disciplina do interrogatório do acusado ficava inteiramente a cargo do Código de Processo Penal, que data de 1941. Contudo, tal disciplina foi modificada pela Lei n. 10.792/2003. Os dispositivos que tratam do interrogatório do acusado já se encontravam no Capítulo III do Título VII – Da Prova. Tem particular interesse para a matéria também o Capítulo IV, que, igualmente, já cuidava da confissão.³⁶

Deste modo, só recentemente é que o princípio contra a autoincriminação foi elevado ao *status* constitucional, e mesmo antes do texto original do Código de Processo Penal, não se podia extrair tal princípio.

2.3. Princípio contra a autoincriminação na legislação infraconstitucional

O interrogatório antes do advento da Constituição Federal de 1988, segundo a doutrina majoritária, era meio de prova no processo penal brasileiro. De modo que o direito de permanecer calado não era de fato tutelado pela legislação penal brasileira.

Assim, a doutrina entende que os códigos processuais penais mais antigos não reconheciam o direito de permanecer calado, entretanto tratavam como meio de defesa o interrogatório. Deste modo, o interrogatório no Código de Processo Criminal de 1832 era tido como *acto de defesa*, de modo que ao acusado era tendenciosamente demandado provas de inocência.³⁷

A Lei n. 261 de 03 de dezembro de 1841 e posteriormente o Regulamento n. 120 de 31 de janeiro de 1842 alteraram o Código, porém não trouxeram modificações para este dispositivo, não representando nenhuma alteração até então nesse sentido.

Em 20 de setembro de 1871 a Lei n. 2.033 e logo após o Decreto n. 4.824 de 22 de novembro de 1871, também tratavam como ato de defesa o interrogatório. E ainda em 1890, a ideia de tratar o interrogatório como forma de defesa foi mantida pelo Decreto n. 848 de 11 de outubro daquele ano.

³⁶ QUEIJO, Maria Elizabeth. *O Direito de não produzir prova contra si mesmo: O princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal*. 2ª edição. São Paulo: editora Saraiva, 2012. p. 127.

³⁷ QUEIJO, Maria Elizabeth. *O Direito de não produzir prova contra si mesmo: O princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal*. 2ª edição. São Paulo: editora Saraiva, 2012. p. 125.

O texto original do Código de Processo Penal não previa o Princípio durante o princípio contra a autoincriminação. Em seu Título VII – Da Prova, Capítulo III - Do Interrogatório Do Acusado, do artigo 185 ao 196, previa como deveria ser feito o interrogatório, destacando-se que:

Art. 185. O acusado, que for preso, ou comparecer, espontaneamente ou em virtude de intimação, perante a autoridade judiciária, no curso do processo penal, será qualificado e interrogado.

Art. 186. **Antes de iniciar o interrogatório, o juiz observará ao réu que, embora não esteja obrigado a responder às perguntas que lhe forem formuladas, o seu silêncio poderá ser interpretado em prejuízo da própria defesa.**

Art. 187. **O defensor do acusado não poderá intervir ou influir, de qualquer modo, nas perguntas e nas respostas.**

Art. 188. O réu será perguntado sobre o seu nome, naturalidade, estado, idade, filiação, residência, meios de vida ou profissão e lugar onde exerce a sua atividade e se sabe ler e escrever, e, depois de cientificado da acusação, será interrogado sobre:[...]

Parágrafo único. Se o acusado negar a imputação no todo ou em parte, será convidado a indicar as provas da verdade de suas declarações.

Art. 189. Se houver co-réus, cada um deles será interrogado separadamente.

Art. 190. Se o réu confessar a autoria, será especialmente perguntado sobre os motivos e circunstâncias da ação e se outras pessoas concorreram para a infração e quais sejam.

Art. 191. Consignar-se-ão as perguntas que o réu deixar de responder e as razões que invocar para não fazê-lo.³⁸ *Grifo nosso.*

Como perceptível, o processo era inquisitivo, portanto não podia se falar em princípio contra a autoincriminação, onde o réu estava quase que obrigado a não permanecer calado, uma vez que o seu silêncio poderia ser interpretado, produzindo assim um direito ficto de permanecer calado.

A própria Lei possibilitava uma pressão externa para que não se permanecesse calado, em detrimento de sua própria defesa, devendo-se ainda ficarem consignadas as perguntas não respondidas, e o porquê do interrogado não querer respondê-las.

Ademais, o advogado de defesa não podia intervir, nem mesmo influir no interrogatório, devendo o interrogado basicamente ter que confessar e contar os detalhes de toda a execução do crime. Atualmente, após as alterações, o texto prevê no título e capítulo, porém completamente reformulado, que:

³⁸ BRASIL. *DECRETO-LEI Nº 3.689, DE 3 DE OUTUBRO DE 1941: Código de Processo Penal – Publicação Original.* Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-3689-3-outubro-1941-322206-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 17/11/2016.

Art. 185. O acusado que comparecer perante a autoridade judiciária, no curso do processo penal, será qualificado e interrogado na presença de seu defensor, constituído ou nomeado.

Art. 186. **Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas.**

Parágrafo único. **O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa.**

Art. 188. Após proceder ao interrogatório, o juiz indagará das partes se restou algum fato para ser esclarecido, formulando as perguntas correspondentes se o entender pertinente e relevante.

Art. 189. Se o interrogando negar a acusação, no todo ou em parte, poderá prestar esclarecimentos e indicar provas.

Art. 190. Se confessar a autoria, será perguntado sobre os motivos e circunstâncias do fato e se outras pessoas concorreram para a infração, e quais sejam.

Art. 191. Havendo mais de um acusado, serão interrogados separadamente.³⁹

O princípio que não era previsto, passou a ser previsto constitucionalmente e como consequência todo o Código de Processo Penal foi alterado pela Lei n. 10.792/2003. E como pode se visualizar, todos os resquícios do modelo inquisitivo foram retirados do Código de Processo Penal.

O pacto de São José da Costa Rica (Convenção Americana sobre Direitos Humanos) é outro diploma que o país ratificou, que entre outros, serve de embasamento para garantir o direito da não autoincriminação no Brasil, de modo que as legislações infraconstitucionais vigentes no país não podem em seu bojo conter dispositivos contrários à Convenção.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos prevê em seu bojo o Princípio Contra a autoincriminação. *In verbis*:

Artigo 8. Garantias judiciais

2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

g. direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada;⁴⁰

Deste modo, o acusado não pode ser obrigado a confessar o fato que lhe está sendo imputado, e nem compelido a responder, ficando em silêncio durante o interrogatório. Fica à sua escolha se manifestar sobre o fato ou ficar em silêncio.

³⁹ BRASIL. *DECRETO-LEI N° 3.689, DE 3 DE OUTUBRO DE 1941*: Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm. Acesso em: 17/11/2016.

⁴⁰ COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Inicial. *Convenção Americana de Direitos Humanos*. Disponível em: http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.Convencao_Americana.htm. Acesso em: 18/11/2016.

O Brasil, por ter ratificado a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, deve observar tal princípio prevendo-o como direito fundamental em seu ordenamento jurídico.

Como consequência, todas as legislações inferiores devem obedecer ao princípio *nemo tenetur se detegere*, observado em seus dispositivos a aplicação do princípio, expressando o direito ao silêncio, e a presunção de não culpabilidade.

Antes da alteração trazida pela Lei n. 10.792/2003 o Código de Processo Penal já obedecia tal princípio, uma vez que o Brasil já era signatário da Convenção Interamericana, trazendo tal consequência para as legislações infraconstitucionais.

2.4. Direito ao silêncio e o princípio contra a autoincriminação: *nemo tenetur se detegere*

Como visto nas legislações anteriores à Constituição de 1988, e antes da alteração trazida pela Lei n. 10.792/2003 no código de processo penal, o direito ao silêncio era previsto, porém poderia ser interpretado em prejuízo do réu.

Ou seja, tratava-se de um mero direito formal, uma vez que era previsto, mas não trazia efetivo direito ao acusado. O direito ao silêncio quando de seu exercício, não pode gerar ao acusado nenhum prejuízo jurídico e, conseqüentemente, também não pode gerar presunção de culpabilidade. Nesse sentido:

Como explica FERRAJOLI, o princípio *nemo tenetur se detegere* é a primeira máxima do garantismo processual acusatório, enunciada por Hobbes e recepcionada, a partir do século XVII, no Direito inglês. Dele seguem-se, como corolários, na lição de FERRAJOLI:

- a) a proibição da *tortura espiritual*, como a obrigação de dizer a verdade;
- b) o direito de silêncio, assim como a faculdade do imputado de faltar com a verdade nas suas respostas;
- c) a proibição, pelo respeito devido à pessoa do imputado e pela inviolabilidade da sua consciência, não só de arrancar a confissão com violência, senão também de obtê-la mediante manipulações psíquicas, com drogas ou práticas hipnóticas;
- d) a conseqüente negação de papel decisivo das confissões;
- e) o direito do imputado de ser assistido por defensor no interrogatório, para impedir abusos ou quaisquer violações das garantias processuais.⁴¹

Levando em consideração que ninguém está obrigado a produzir prova contra si mesmo, existe uma forte tendência a equiparar o brocardo *nemo tenetur se detegere* ao direito ao silêncio.

⁴¹ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 11ª edição. São Paulo: editora Saraiva, 2014. p. 232.

Porém alguns autores discordam que o princípio *nemo tenetur se detegere* esteja assegurado em nosso ordenamento, afirmando que apenas o direito ao silêncio seria absoluto.

LOPES JR. discorda peremptoriamente de NUCCI, afirmando a redução do âmbito de proteção do princípio, extraído do direito constitucional de permanecer calado:

Não podemos concordar com NUCCI, quando, ao comentar o art. 260 do CPP, afirma que apenas o direito ao silêncio é absoluto e não produz nenhum prejuízo para a defesa, sendo que a recusa em submeter-se ao reconhecimento (por exemplo) não teria a mesma proteção. Completamente equivocada a construção do autor, que conduz a um reducionismo substancialmente inconstitucional e de notada matriz acusatória e inquisitória. [...] Não podemos pactuar com tal reducionismo e compressão da esfera constitucional de proteção. O direito ao silêncio é muito mais amplo e inscreve-se na dimensão do princípio do *nemo tenetur se detegere*. Conjugando-se com a presunção constitucional de inocência, bem como com a necessária recusa a matriz inquisitória, é elementar que o réu não pode ser compelido a declarar ou mesmo participar de qualquer atividade que possa incriminá-lo ou prejudicar sua defesa. Mais, frise-se: a recusa não autoriza qualquer presunção ou mesmo indício de culpa.⁴²

Entretanto, o entendimento majoritário é de nivelamento do princípio contra autoincriminação, ou de forma mais abrangente, o princípio do *nemo tenetur se detegere*, sendo consagrados, além da doutrina, também pela jurisprudência dos tribunais superiores brasileiros. Sendo ainda que são inseparáveis o direito ao silêncio do princípio *nemo tenetur se detegere*.

Porém QUEIJO entende que há limitações quanto à equiparação:

[...] não se pode negar que a equiparação do *nemo tenetur se detegere* ao direito ao silêncio é bastante restritiva.

Na realidade, o direito ao silêncio é a mais tradicional manifestação do *nemo tenetur se detegere*, mas o citado princípio não se restringe a ele. O direito ao silêncio apresenta-se como uma das decorrências do *nemo tenetur se detegere*, pois o referido princípio, como direito fundamental e garantia do cidadão no processo penal, como limite ao arbítrio do Estado, é bem mais amplo e há diversas outras decorrências igualmente importantes que dele se extraem.

O direito ao silêncio corresponde ao direito de não responder às indagações formuladas pela autoridade. É o direito de calar, reconhecimento da liberdade moral do acusado.⁴³

⁴² LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 11ª edição. São Paulo: editora Saraiva, 2014. p. 233.

⁴³ QUEIJO, Maria Elizabeth. *O Direito de não produzir prova contra si mesmo: O princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal*. 2ª edição. São Paulo: editora Saraiva, 2012. p. 232.

Portanto, o princípio contra a autoincriminação ou *nemo tenetur se detegere* é extraído do direito de permanecer calado ou direito ao silêncio, na Constituição Federal de 1988.

Porém a abrangência do princípio contra a autoincriminação é de maior abrangência no ordenamento penal brasileiro como um todo, abarcando assim outras garantias, além do direito de permanecer calado, que é uma expressão do princípio *nemo tenetur se detegere*.

Ademais, além de assegurar o direito ao silêncio, assegura também que o acusado ou ainda suspeito, não está obrigado a fornecer materiais biológicos através de exames, ou a fazer testes de alcoolemia, entre outros. Não sendo assim obrigado a colaborar com a produção de provas contra si, e não estando obrigado a incriminar-se.

2.5. Reflexões gerais sobre o princípio contra a autoincriminação

O princípio contra a autoincriminação deve ser observado como direito fundamental previsto na Constituição, tanto pelas legislações infraconstitucionais quanto pelos aplicadores do Direito. Cabe ressaltar que, apesar de não previsto expressamente, é pacífico o entendimento da sua aplicação em decorrência do direito de permanecer calado, apesar de entendimentos diversos.

O que implica dizer que tal princípio deve ser observado durante toda a persecução penal, inclusive durante o interrogatório, incluindo-se aqui o interrogatório de corréu. O réu não está obrigado a se pronunciar e ainda, não deve ser coagido a nenhuma produção de prova contra si mesmo. Nesse sentido, assevera QUEIRO:

De modo geral, o princípio *nemo tenetur se detegere* assegura, no interrogatório, a liberdade moral do acusado, consistente em liberdade de querer e poder determinar o próprio comportamento sem imposições externas. Ou seja, além de exercer tutela sobre o risco de autoincriminação, o *nemo tenetur se detegere* resguarda também a liberdade de autoincriminação, que integra a liberdade moral, assegurando ao acusado a livre escolha do comportamento processual.⁴⁴

⁴⁴ QUEIRO, Maria Elizabeth. *O Direito de não produzir prova contra si mesmo: O princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal*. 2ª edição. São Paulo: editora Saraiva, 2012. p. 232.

E é exatamente nesse ponto que há uma colisão de princípios constitucionais, quando da ocorrência de corréus em um processo. Assim, o princípio do contraditório colide com o princípio contra a autoincriminação, pois de um lado tem-se resguardado o direito de um dos réus ao contraditório pleno e efetivo, incluído nessa fase interrogatória.

Por outro lado, o outro réu não está obrigado a se incriminar, não podendo sofrer influências externas, ou seja, a inquirição da parte contrária, sendo contraditado. Entretanto, tem a liberdade de determinar seus atos processuais.

Deste modo, em situações em que há a ocorrência deste conflito, um direito deve ceder em detrimento do outro. Porém essa ponderação deve ser feita de maneira fundamentada, observando vários requisitos, uma vez que um princípio constitucional fundamental, não deve sofrer qualquer tipo de limitação, devida sua importância.

Ao mesmo tempo em que deve ceder à outra, garantia constitucional mais relevante para caso concreto, pois não há hierarquia entre os princípios constitucionais. Assim alguns autores versam sobre como deve se proceder diante de tais situações.

3. DA ANÁLISE A RESPEITO DA APLICAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO AO INTERROGATÓRIO DE CORRÉU

Nessa última parte, faremos a análise a respeito da aplicação dos princípios do contraditório e da não autoincriminação ao interrogatório de corréu. Uma vez que nesse contexto há uma colisão de princípios constitucionais que deve ser mediada pelo aplicador do direito no caso concreto.

A colisão se dá quando no interrogatório do corréu, a defesa do outro réu tem o direito ao contraditório pleno e efetivo garantido constitucionalmente em processo penal, e o interrogado tem o direito de permanecer calado, não devendo ser coagido, nem mesmo constrangido a se auto-incriminar, garantia prevista na Constituição Federal, em seu ato de defesa, que é o interrogatório.

Para tanto, nos utilizaremos da metodologia de análise das decisões – MAD, fazendo sempre análise das decisões, tendo por pressuposto a teoria de Alexy sobre a aplicação do princípio da proporcionalidade, na colisão de princípios constitucionais.

3.1. Metodologia de Análise

Para a análise das decisões, será utilizada a MAD – Metodologia de Análise de Decisões. Uma metodologia destinada à análise de decisões, que busca distinguir diferentes recursos metodológicos ou técnicas, como a análise de jurisprudência, o estudo de caso e a metodologia de análise de decisões.⁴⁵

A Análise de Decisões é um método que permite organizar informações relativas a decisões proferidas em um determinado contexto, verificar a coerência decisória no contexto determinado previamente e produzir uma explicação do sentido das decisões a partir de interpretação sobre o processo decisório, sobre a forma das decisões e sobre os argumentos produzidos.⁴⁶

Analisaremos primeiramente de forma isolada o *Habeas Corpus* N° 100.792-RJ/STJ, citando o relatório da decisão da instância inferior, a ementa do

⁴⁵ FREITAS FILHO, Roberto. *Metodologia de Análise das Decisões – MAD*. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/jus/article/download/1206/1149>. Acesso em: 18/03/2017.

⁴⁶ FREITAS FILHO, Roberto. *Metodologia de Análise das Decisões – MAD*. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/jus/article/download/1206/1149>. Acesso em: 18/03/2017.

próprio HC, para concluir sobre o voto. Posteriormente examinaremos o *Habeas Corpus* Nº 162.451-DF/STJ, o seu relatório e o voto do ministro relator, para no final fazer uma análise crítica.

Haverá ainda um exame comparativo das decisões, concluindo-se sobre os pontos em comum, com base no princípio da proporcionalidade, e sobre qual HC deva prevalecer, a partir do princípio do contraditório.

3.2. Da Análise do *Habeas Corpus* Nº 100.792-RJ/STJ

O *Habeas corpus* em análise que tem como relator o Ministro Felix Fischer, impetrado no Superior Tribunal de Justiça pela paciente Patrícia Bayer (presa), condenada às sanções do art. 159, § 1º, do Código Penal, com uma pena de 16 anos de reclusão. A paciente aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Na ementa da decisão da instância inferior, além de outros, a impetrante alega que estaria sofrendo constrangimento ilegal, devendo ocorrer à nulidade do processo desde o momento do interrogatório do corréu, onde sofreu cerceamento por ser negado à defesa o questionamento de corréu no interrogatório, como descreve o relatório do *Habeas Corpus*:

EMENTA: EXTORSÃO MEDIANTE SEQUESTRO. INSTRUÇÃO CRIMINAL. ARGUIÇÃO DE CERCEAMENTO DE DEFESA. IMPEDIMENTO DE QUESTIONAMENTO A CO-RÉU. INOCORRÊNCIA DO ALEGADO VÍCIO. DENEGAÇÃO DA ORDEM.

Habeas corpus impetrado objetivando nulidade do processo desde o interrogatório, ao argumento de ter havido cerceamento de defesa decorrente de impedimento de questionamento a co-réu. Decisão desta Câmara entendendo ser tal questão objeto de apreciação em sede de apelação. Habeas Corpus substitutivo de recurso ordinário junto ao STJ. Concessão da ordem para cassar o acórdão anterior e determinar que este colegiado se manifeste acerca da nulidade processual no interrogatório da paciente e dos demais co-réus. Inexistência de prova, nestes autos, de que a defesa técnica da ora paciente tenha requerido a feitura de perguntas durante o depoimento do réu CASSIANO, tal como alega. Impossibilidade, por conseguinte, de que tenha havido, por parte da autoridade coatora, indeferimento à realização de perguntas a co-réu de modo a configurar constrangimento ilegal.⁴⁷

⁴⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Revista Eletrônica da Jurisprudência do STJ. *HABEAS CORPUS* Nº 100.792 - RJ (2008/0041718-7). Disponível em:

De modo que, aos advogados dos demais, não foi dada a palavra no interrogatório de um dos corréus, para o pleno exercício do contraditório, ferindo assim o artigo 188 do Código de Processo Penal. Nas razões do *Habeas Corpus*, os impetrantes ainda argumentam que “ao prolatar a sentença, houve a valoração do interrogatório do co-réu confesso, CASSIANO DA SILVA BRAÚNA.”⁴⁸

Requeru assim a nulidade do processo desde o interrogatório do corréu Cassiano. Porém a Liminar foi indeferida.

Já a ementa do próprio *Habeas Corpus* 100.792-RJ cita que o interrogatório, com o advento da Lei nº 10.792/03 não deixou de ser, também, um meio de prova da defesa, conforme os artigos 185, §2º e 186, caput e parágrafo único, ambos do Código de Processo Penal.

Sendo assim, não é mais ato personalíssimo do juiz, conforme artigo 188, do Código de Processo Penal, oportunizando o esclarecimento de situação fática, tanto da acusação como do advogado do interrogado. Entretanto, por força do princípio da comunhão probatória, o interrogatório integra o material cognitivo.

De modo que o advento da referida lei não transformou o interrogado em testemunha. Ao passo que o interrogando não está obrigado e nem pode ser induzido a se autoacusar, sendo uma garantia constitucional do réu o direito ao silêncio. Isso está previsto no artigo 5º, LXIII, da Constituição Federal e artigo 186, parágrafo único, do Código de Processo Penal.

Ademais, a participação de advogados dos co-réus não tem amparo legal, visto que criaria **uma forma de constrangimento para o interrogado (Precedentes desta Corte).**⁴⁹

Já no voto o Ministro Felix Fischer, relator do *Habeas Corpus* em análise, pondera que a ordem não merece ser concedida, uma vez que o artigo 188, do Código

https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=787248&num_registro=200800417187&data=20080630&formato=PDF. Acesso em: 25/03/2017.

⁴⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Revista Eletrônica da Jurisprudência do STJ. *HABEAS CORPUS* Nº 100.792 - RJ (2008/0041718-7). Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=787248&num_registro=200800417187&data=20080630&formato=PDF. Acesso em: 25/03/2017.

⁴⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Revista Eletrônica da Jurisprudência do STJ. *HABEAS CORPUS* Nº 100.792 - RJ (2008/0041718-7). Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=787248&num_registro=200800417187&data=20080630&formato=PDF. Acesso em: 25/03/2017.

de Processo Penal, à época com uma nova redação onde ainda se firmava um entendimento sobre o dispositivo.

Versa que o juiz indagará as partes no entendimento do Ministro, defesa do interrogado e acusação, se ainda resta fato a ser esclarecido, devem as partes formular as perguntas que acharem relevantes e pertinentes. Compreende que o dispositivo se refere a fato ou situação fática não observada.

Entendeu à época que apesar de ter sofrido alteração, o dispositivo supracitado continuava versando que o interrogatório judicial é uma peça de defesa, conforme ainda o artigo 186 e seu parágrafo único do Código de Processo Penal.

De modo que, podendo o réu ficar calado parcial ou totalmente, o diferencia da testemunha, não podendo ser comparado como tal, diferença explicitada quando comparado os artigos supracitados aos artigos 206 e 212 do Código de Processo Penal.

Assim, para o Ministro de modo algum em nosso sistema o réu é semelhante à testemunha, citando ainda o exemplo de, se o próprio advogado do interrogando lhe fizer uma pergunta embaraçosa, ele não estaria obrigado a respondê-la.

Para o Ministro, no concurso de agentes, pretender que o réu fique submetido ao constrangimento de ter que responder, ou ainda ter que somente ouvir os questionamentos de corréu, carece de fundamento, por entender que essa situação não estaria prevista em lei, ferindo indiretamente as garantias individuais de cada réu, previstas nos art. 5º, LXIII, da Carta Magna e os artigos 185, §2º e 186 caput e parágrafo único, ambos do CPP.

E que ainda tal entendimento introduziria a indução da autoacusação. Ou seja, ferindo assim basicamente o princípio individual e fundamental da Não autoincriminação ou Contra a autoincriminação.

Citou em seu voto que o interrogatório apenas deixou em parte de ser ato personalíssimo do juiz, nada além disso. Cita também o Ministro Felix:

Respeitando opiniões em contrário, penso que não tem o menor suporte a pretensão de sujeitar o réu a perguntas que possam ser embaraçosas por parte de advogado de co-réu e, ainda, julgo inimaginável pretender-se, como dizem alguns, que advogado do terceiro interessado (alheio à relação processual)

possa comparecer ao ato de interrogatório para realizar reperguntas na hipótese de delação (legalmente previsível **ex vi art. 187, §2º, II, do CPP**).⁵⁰

Citou ainda os precedentes: *Habeas Corpus* 42780/PR, 5ª Turma, de sua relatoria, DJU 12/12/2006. O *Habeas Corpus* 72645/MG, 5ª Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJU 10/09/2007. E o *Habeas Corpus* 85522/SP, 5ª Turma, Rel. Ministra Jane Silva, DJU 22/10/2007.

Por fim, o Ministro Felix Fischer conclui que no caso não houve violação do princípio do contraditório, citando como fundamento os argumentos supracitados, e alegando que a defesa da paciente teve a oportunidade de rebater as declarações do interrogado em fases posteriores ao interrogatório e antes da sentença, inclusive em sede de alegações finais, alegando que a delação era do conhecimento da defesa, sendo ensejada a possibilidade de reação. Versando ainda que:

No feito em tela, a pretendida anulação do processo – deixando-se de lado a falta de amparo legal – não seria nada convincente, uma vez que o réu a ser interrogado pode guardar silêncio, total ou parcial, em relação ao que lhe for perguntado, tornando a nova inquirição, almejada na prefacial do writ, totalmente inócua.⁵¹

Entendeu que não há nos autos quaisquer sintomas de erro, votando pela denegação da ordem.

Partindo para uma análise crítica do *Habeas Corpus* em questão, mais especificamente sobre o voto do Ministro Felix Fischer, é possível verificar que, quando o Relator menciona o art. 188, do CPP, alegando que, “após proceder ao interrogatório, o juiz indagará das **partes (leia-se: acusação e defesa do interrogado)**” e ainda quando diz mais à frente que:

[...] não tem o menor suporte a pretensão de sujeitar o réu perguntas eu possam ser embaraçosas por parte de advogado de co-réu e, ainda, julgo inimaginável pretender-se, como dizem alguns, eu advogado do terceiro interessado (**alheio à relação processual**) possa comparecer ao ato de

⁵⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Revista Eletrônica da Jurisprudência do STJ. *HABEAS CORPUS* Nº 100.792 - RJ (2008/0041718-7). Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=787248&num_registro=200800417187&data=20080630&formato=PDF. Acesso em: 25/03/2017.

⁵¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Revista Eletrônica da Jurisprudência do STJ. *HABEAS CORPUS* Nº 100.792 - RJ (2008/0041718-7). Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=787248&num_registro=200800417187&data=20080630&formato=PDF. Acesso em: 25/03/2017.

interrogatório para realizar reperguntas na hipótese de delação[...] ⁵² *grifo nosso*.

Extrai-se que a defesa dos corréus em interrogatório não fazem parte da relação processual e que, portanto, não poderia ter assegurado o direito ao contraditório, porém, como bem menciona Nery Junior:

A garantia do Contraditório é inerente às partes litigantes – **autor, réu, litisdenunciado**, oponente, **chamado ao processo** -, assim como também ao assistente litisconsorcial e simples e ao **Ministério Público, ainda quando atue na função de fiscal da lei. Todos aqueles que tiverem alguma pretensão de direito material a ser deduzida no processo têm direito de invocar o princípio do contraditório em seu favor.** ⁵³ *Grifo nosso*.

Portanto, trata-se de uma garantia constitucional assegurada a todos que figurem em um processo como parte interessada, não somente a relação processual autor e réu, pois se assim não fosse nem mesmo o Ministério Público quando da atuação como fiscal da lei poderia intervir no interrogatório.

O Ministro cita alguns precedentes de sua turma, 5ª Turma, que vão no mesmo sentido do seu entendimento e as razões “acima vertidas” para fundamentar sua decisão.

Ademais o Relator em seu voto nega que no caso houve violação ao princípio do Contraditório, sustentando que à defesa da paciente foram concedidas posteriormente outras oportunidades de contradizer o que foi dito no interrogatório, nos seguintes termos

In casu, não há que se falar em violação ao princípio do contraditório, pois além das razões acima vertidas, a defesa do paciente teve **concretamente** a possibilidade de infirmar as declarações do co-réu antes da prolação da sentença, **uma vez que após o interrogatório atacado, foram ouvidas as testemunhas indicadas pela defesa do paciente, houve ainda a fase do 499 do CPP e, por fim, a etapa das alegações finais.** O teor da reprochada delação era, pois, do conhecimento da defesa do paciente, a quem se ensejou oportunidade a possibilidade de reação. ⁵⁴

⁵² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Revista Eletrônica da Jurisprudência do STJ. *HABEAS CORPUS* Nº 100.792 - RJ (2008/0041718-7). Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=787248&num_registro=200800417187&data=20080630&formato=PDF. Acesso em: 25/03/2017.

⁵³ NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 7ª edição. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2002. p. 136.

⁵⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Revista Eletrônica da Jurisprudência do STJ. *HABEAS CORPUS* Nº 100.792 - RJ (2008/0041718-7). Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=787248&num_registro=200800417187&data=20080630&formato=PDF. Acesso em: 25/03/2017.

Admitir essa situação seria o mesmo que aceitar no curso do processo o contraditório diferido, que é aceito apenas em sede de Inquérito Policial, onde ainda não se tem um efetivo processo judicial. E o contraditório poderia influenciar de forma a inviabilizar as investigações policiais.

Assim, o contraditório postergado deve ser uma exceção e não a regra, ou seja, só não irá ferir o princípio do contraditório se admitido, em processo penal na fase inquisitorial e não durante o processo onde não há peculiaridades que inviabilizem o processo.

Como dito anteriormente, o princípio do contraditório se diferencia quanto ao seu âmbito de aplicação no processo penal, de modo que o juiz não pode confundir, quando da aplicação ou análise do princípio com o processo civil.

No processo civil basta à observação do princípio da bilateralidade, por geralmente tratar de direitos disponíveis e ainda ser permitido que o processo corra à revelia, pode ser aplicado não precisando observar o contraditório.

Porém, em processo penal geralmente são assegurados bens indisponíveis como a liberdade, de modo que o âmbito de incidência do contraditório deva ser maior que no processo civil. Assim, “no processo penal é necessário que a informação e a possibilidade de reação permitam um contraditório pleno e efetivo.”⁵⁵

O que implica dizer que para ser pleno o contraditório deve ocorrer em todas as fases processuais incluindo-se aí o interrogatório, para tanto o corréu também deve ser intimado para o interrogatório do outro réu. Deste modo, todos os réus serão efetivamente informados de todos os atos processuais.

Deve se propiciar às partes também, inclusive aos corréus, condições efetivas e não apenas formais para exporem suas razões, de forma que o contraditório seja real, possibilitando à defesa do corréu que faça perguntas ao interrogado litisconsorte.

Portanto, não deve haver nenhuma violação ao princípio garantido constitucionalmente do contraditório, que em sede de processo penal deve ser pleno e

⁵⁵ FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 6ª edição. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2010. p. 57.

efetivo. Não podendo ainda, ser suprimido pelo princípio da bilateralidade das partes em audiência, nem ser aplicado de forma diferida, exceto durante o Inquérito Policial.

3.3. Da análise do *Habeas Corpus* Nº 162.451-DF/STJ

O *Habeas Corpus* 162.451-DF, impetrado no Superior Tribunal de Justiça, de relatoria do Ministro Haroldo Rodrigues (desembargador convocado do TJ/CE), tem como paciente Maria Cristina Almeida Batista presa, incurso nos crimes dos artigos 33, caput, e 35, ambos da Lei de Drogas, nº 11.343/2006, condenada a pena de reclusão de 9 anos e 900 dias multa. A paciente aponta como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Distrito Federal.

Segundo o relatório do *Habeas Corpus* a paciente buscou – em segunda instância – assegurar o seu direito de formular perguntas aos outros réus, buscando a anulação dos atos processuais, inclusive designando uma nova audiência de instrução. Porém a liminar foi indeferida.

Já em seu voto o Ministro Relator Haroldo Rodrigues (desembargador convocado do TJ/CE) cita na análise do mérito os fundamentos do Juiz de primeira instância, para indeferir o pedido da defesa da paciente para questionar os demais corréus, nos seguintes termos:

A defesa dos acusados Maria Cristina, Júnio e Victor, insurgiram-se quanto ao indeferimento do MM. Juiz em não se inquirir os acusados dos outros defensores. A razão de tais indeferimentos foi porque além de não fazerem nenhuma referência à atuação dos respectivos acusados não são testemunhas para que sejam objetos de indagações por parte de advogados que não sejam devidamente constituídos. Acresça-se, ainda, quanto à acusada Maria Cristina, que ela nem mesmo foi apresentada e mencionada por nenhum dos codenunciados para que se pudesse alegar eventual cerceamento de defesa.⁵⁶

Cita ainda o acórdão do Tribunal de origem que manteve o provimento expondo o seguinte resumo:

PENAL. PROCESSO PENAL. **HABEAS CORPUS**. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE

⁵⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Revista Eletrônica da Jurisprudência do STJ. *HABEAS CORPUS* Nº 162.451 - DF (2010/0026700-9). Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=981293&nu_m_registro=201000267009&data=20100816&formato=PDF. Acesso em: 26/03/2017.

ENTORPECENTES. INTERROGATÓRIO. PERGUNTAS AO CORRÉU. NULIDADE. INEXISTÊNCIA. PROCEDIMENTO D LEI Nº 11.343/2006. LEI ESPECÍFICA. DENEGAÇÃO DA ORDEM.

Impossível, no caso de concurso de agentes, se impelir o corréu a se sujeitar às perguntas de patrono diverso do seu, momento em que poderia ser constrangido a autoacusar-se com fito de eximir ou diminuir a responsabilidade penal que recairia sobre os ombros do coautor. Além de tal situação não ser permitida pela lei, também incorreria, pela via transversa, em clara violação às garantias individuais de cada réu. Logo, não há que se falar em cerceamento de defesa ou nulidade processual, uma vez que a defesa do paciente, durante o restante do curso processual, teve concretamente possibilidade de infirmar as declarações do corréu.

O procedimento da Lei nº 11.343/2006 é especial, esbarrando a pretensão à adoção do procedimento comum no § 2º do artigo 394 do Código de Processo Penal.

Ausência, ademais, da demonstração de prejuízo concreto, requerido pelo art. 563 do CPP.

Ordem denegada. (HC nº 2010.00.2.001081-6/TJDFT, Relator MARIO MACHADO, DJe de 15/04/2010).⁵⁷

O Ministro reconhece que o tema ainda sofre divergência no Superior Tribunal de Justiça, não estando ainda pacificado na Corte, citando os precedentes, HC nº 117.531/ES e o HC nº 100.792/RJ da Quinta Turma com o entendimento no sentido de que no interrogatório de corréus a defesa dos demais acusados não têm o direito de formular perguntas ao interrogado.

Porém, o Ministro entende de forma diversa dos precedentes supracitados da Quinta Turma, alega que apesar de o interrogatório manter seu escopo eminentemente como meio de defesa, na ocorrência de corréus, quando envolve a participação do litisconsorte passivo, fica viabilizada à defesa do outro denunciado fazer reperguntas. Fica Garantida assim, a ampla defesa e a participação ativa do acusado no interrogatório dos corréus. Cita ainda o Ministro que:

Não há que se confundir, nessa situação, o corréu com testemunha, pois o interrogado não estará obrigado a responder as perguntas dos demais envolvidos, preservando o direito de permanecer em silêncio e de não produzir provas contra si.⁵⁸

Nesse mesmo sentido o Relator cita os precedentes tanto da sua turma, qual seja a Sexta Turma, no *Habeas Corpus* nº 83.875/GO de Relatoria da Ministra MARIA TEREZA DE ASSIS MOURA, DJe de 04/08/2008, quanto do Supremo Tribunal

⁵⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Revista Eletrônica da Jurisprudência do STJ. *HABEAS CORPUS* Nº 162.451 - DF (2010/0026700-9). Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=981293&nu m_registro=201000267009&data=20100816&formato=PDF. Acesso em: 26/03/2017.

⁵⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Revista Eletrônica da Jurisprudência do STJ. *HABEAS CORPUS* Nº 162.451 - DF (2010/0026700-9). Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=981293&nu m_registro=201000267009&data=20100816&formato=PDF. Acesso em: 26/03/2017.

Federal nos Habeas Corpus nº 94.601, de relatoria do Ministro CELSO DE MELLO, DJe de 10/09/2009 e nº 95225, de relatoria do Ministro EROS GRAU, DJe de 22/10/2009.

Por fim, o Ministro ainda conclui que mesmo com a anulação dos interrogatórios, o relaxamento de prisão não deve ser concedido, uma vez que a anulação dos interrogatórios não gera direito automático à revogação da medida cautelar. Trata-se de uma quadrilha fortemente estruturada, com vários envolvidos para o tráfico de diversas drogas, e ainda nenhum dos prazos da prisão cautelar foram extrapolados.

Deste modo, o Ministro concedeu em parte a ordem, determinando a renovação dos interrogatórios dos acusados. Assegurou de um lado o direito da defesa dos corréus de fazerem reperguntas, e de outro também o direito dos interrogados de permanecerem calados durante todo o interrogatório, resguardando assim o direito a não autoincriminação, mantendo ainda os demais atos da instrução.

Analizando criticamente, essa decisão parece mais plausível do ponto de vista das restrições dos direitos fundamentais, uma vez que o Ministro garante tanto a impetrante a possibilidade de fazer reperguntas, assegurando a participação ativa do acusado no interrogatório dos corréus. Como mantém o direito de permanecer calado do interrogado.

Ou seja, garante o contraditório para os corréus e o direito do interrogado de não autoincriminação. Assevera que o corréu interrogado não deve ser confundido com testemunha, ou seja, mesmo que esteja submetido às perguntas não é obrigado de forma nenhuma a responder à defesa dos outros réus.

Alguns autores entende que surge uma problemática nessa situação, pois o interrogado não pode sofrer influências externas por parte dos advogados dos corréus, ferindo a liberdade moral de autodeterminar-se sem imposições externas.

De modo, que o princípio contra a autoincriminação é violado, uma vez que o acusado não deve ser coagido a autoincriminar-se, reiterando o ensinamento de Lopes Jr.:

O interrogatório deve ser tratado como um verdadeiro ato de defesa, em que se dá oportunidade ao imputado para que exerça sua defesa pessoal. Para isso, deve ser considerado como um direito e não como um dever, assegurando-se o direito de silêncio e de não fazer prova contra si mesmo,

sem que dessa inércia resulte para o sujeito passivo qualquer prejuízo jurídico. Além disso, entendemos que deve ser visto como um ato livre de qualquer pressão ou ameaça.⁵⁹

Porém, é nesse ponto que deve ser ponderado o direito, utilizando-se do princípio da Proporcionalidade e todos os seus subprincípios que esclarecerão a decisão de se fazer prevalecer o direito naquele caso concreto.

Por fim, o Ministro utiliza, para fundamentar a sua decisão basicamente a fundamentação *per relationem*, citando um precedente da Sexta Turma do STJ e dois precedentes do Supremo Tribunal Federal que vão no mesmo sentido do acórdão.

3.4. Da análise comparativa dos *Habeas Corpus*

Na análise dos *Habeas Corpus* em questão é possível verificar que tanto o HC nº 100.792-RJ/STJ, quanto o HC nº 162.451-DF/STJ carecem de uma fundamentação jurídica melhor elaborada.

Ambos tratam de direitos fundamentais, de garantias constitucionais, de princípios que não podem sofrer restrições desproporcionais, de modo a desproteger o indivíduo, neste caso os acusados, contra intervenções do Estado que sejam excessivas ou desnecessárias.

3.4.1. Ponto em comum: Falta de fundamentação

Os direitos fundamentais, os princípios e garantias constitucionais são a expressão máxima dos direitos basilares e individuais, deste modo, a atenção ao princípio deve ser maior. O aplicador do direito não pode transgredir os princípios passando por cima de todo o sistema constitucional, nesse sentido Celso Antônio Bandeira de Mello leciona que:

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa, não só a um específico mandamento obrigatório mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema,

⁵⁹ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 11ª edição. São Paulo: editora Saraiva, 2014. p. 231.

subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.⁶⁰

Assim, decisões em que não haja a devida observação e ponderação dos princípios, devem ser consideradas inconstitucionais.

Em ambas as decisões os relatores fundamentam os seus votos basicamente sustentando de forma muito sucinta, qual direito deva prevalecer sobre o outro e quase que exclusivamente em precedentes.

No HC nº 100.792-RJ/STJ o Ministro Felix Fischer cita para fundamentar sua decisão os *Habeas Corpus* 42780/PR, 72645/MG, 85522/SP, todos da 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça sua turma, sendo inclusive um deles de sua relatoria.

Já no HC nº 162.451-DF/STJ o Ministro Haroldo Rodrigues (desembargador convocado do TJ/CE) cita os precedentes, o *Habeas Corpus* nº 83.875/GO de sua turma, a 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça e os *Habeas Corpus* nº 94.601 e nº 95225, ambos do Supremo Tribunal Federal.

Usando assim, basicamente a fundamentação *per relationem*, através destes precedentes para que suas fundamentações possam se justificar.

Apesar da fundamentação *per relationem* ser admitida nas Cortes Superiores, em se tratando de processos que tratam de temas com extrema relevância para todo o sistema processual penal e constitucional, como nos casos em que haja princípios constitucionais garantidores do processo penal envolvidos, é imprescindível que os magistrados façam uma análise aprofundada e minuciosa e não apenas citando precedentes para justificar suas decisões.

Não que os princípios constitucionais não possam sofrer restrições, entretanto, deve ficar claro que tais limitações sejam comprovadamente imprescindíveis para a defesa dos interesses coletivos, para assim poder restringir uma garantia individual.

Para tanto, as limitações aos princípios constitucionais devem ser estabelecidas através de justificativas plausíveis através de outro princípio que deve sempre ser estabelecido em situações como estas dos *Habeas Corpus* em análise.

⁶⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 8ª edição. São Paulo: editora Malheiros. 1996. p. 545-546.

Os *Habeas Corpus* supracitados são exemplos de situações em que princípios constitucionais possam ser restringidos, ou seja, quando da ocorrência de uma colisão de princípios constitucionais. Entretanto a restrição deve ocorrer de forma ponderada para que o Estado não restrinja de forma acentuada, uma garantia constitucional. Assim, deve o magistrado utilizar-se do Princípio da Proporcionalidade ou Proibição do Excesso de Alexy, para analisar em cada caso concreto qual direito deva prevalecer sobre o outro.

Para Alexy o princípio da Proporcionalidade deve ser aplicado quase que como um formula matemática, o autor ainda divide o princípio em três subprincípios que o aplicador do direito deve sempre observar no caso concreto para estabelecer qual direito deva prevalecer naquela situação fática.⁶¹

Portanto, o magistrado deve analisar se há primeiro, o subprincípio da Adequação, ou Utilidade, ou ainda da Idoneidade, onde o direito só poderá ser restringido para proteger outro direito de mesma hierarquia, ou seja, apenas uma norma constitucional pode afastar a outra, não podendo uma norma infraconstitucional afastar uma norma constitucional.

Segundo, o magistrado deve verificar se há o subprincípio da Necessidade onde deve ser analisado se é necessária a restrição daquele direito ou se há outra forma menos gravosa de dirimir a celeuma que não seja a restrição.

E por fim, o terceiro passo é a aplicação do subprincípio da Proporcionalidade em sentido estrito, onde o aplicador do direito deve concluir por fim que apesar da restrição imposta os ganhos superaram as perdas.

Assim, fica claro que em nenhum dos *Habeas Corpus* analisados é feita a fundamentação aplicando o princípio da Proporcionalidade e seus subprincípios. No HC nº 100.792-RJ/STJ o Ministro Felix Fischer nega que exista uma colisão de princípios, porém, como analisado há colisão de princípios constitucionais.

Porém, a negação impede a análise da colisão e facilita a fundamentação da decisão, sem a necessidade de análise da ponderação, pois, se não há colisão, não deve ser feita a aplicação do princípio da proporcionalidade e, portanto, a fundamentação

⁶¹ ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2001. p. 161.

pode ser feita de forma não tão elaborada, no sentido da elucidação de qual direito deva prevalecer.

No HC nº 162.451-DF/STJ o Ministro Haroldo Rodrigues (desembargador convocado do TJ/CE) até reconhece que há colisão de princípios, porém não faz a análise da aplicação do princípio da Proporcionalidade. Não aplica de forma minuciosa a ponderando os princípios, pois apenas resumiu muito sucintamente os motivos e citou os precedentes. Sem assim, fundamentar a decisão de forma adequada tendo em vista a importância dos princípios constitucionais.

3.4.2. Qual *Habeas Corpus* deve prevalecer? Análise a partir do princípio da proporcionalidade

Apesar de não ter havido na fundamentação a explanação da análise do princípio da proporcionalidade de forma adequada, na colisão dos princípios constitucionais dos *Habeas Corpus*, que deve ser observado nas fundamentações das decisões em que haja ponderação dos princípios constitucionais colidentes.

A decisão que melhor garante os direitos individuais, de forma mais adequada é a do Ministro Haroldo Rodrigues, no *Habeas Corpus* nº 162.451-DF. Pois, aplicada a proporcionalidade, ao fim, é a decisão que melhor expressa a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

Assim, o direito que deve prevalecer nessas situações, deve ser o do contraditório, devendo ser assegurado à parte a necessidade de informação e a possibilidade de reação. Ou seja, todas as partes devem ser sempre intimadas para o interrogatório de corréus, podendo as defesas formularem perguntas ao interrogado.

Entretanto, o Ministro deveria ter citado primeiro, o subprincípio da adequação, ou utilidade, ou ainda da idoneidade, reconhecendo que há colisão de normas constitucionais, ou seja, de direitos de mesma hierarquia. Assim, poderá ser restringido o direito contra a autoincriminação para proteger outro direito de mesmo nível constitucional, qual seja, o contraditório.

Segundo, o magistrado deveria ter aplicado o subprincípio da necessidade. Informando que é necessária a restrição, em parte, do princípio da não autoincriminação

e que essa é a forma menos gravosa de se dirimir a celeuma. Que não há outra forma que não seja a restrição.

E por fim, o terceiro passo deveria ser a aplicação do subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, onde o aplicador do direito deve concluir por fim que apesar da restrição imposta os ganhos superaram as perdas.

Ou seja, prevalecendo o princípio do contraditório, fica assegurado aos corréus, o direito real ao contraditório. Onde a informação do ato, ou seja, a intimação prévia e a possibilidade de reação, de questionar o interrogado. Proporcionam um contraditório pleno e efetivo.

De outro lado também assegura em parte o princípio da não autoincriminação. Pois, mesmo que, o interrogado seja exposto às perguntas do corréu, ele na situação de réu, não está obrigado a responder as perguntas. Como bem assevera o Ministro Haroldo:

Não há que se confundir, nessa situação, o corréu com testemunha, pois o interrogado não estará obrigado a responder as perguntas dos demais envolvidos, preservando o direito de permanecer em silêncio e de não produzir provas contra si.⁶²

Por fim, essa decisão é mais plausível, do ponto de vista da proporcionalidade. Pois, é a que melhor se adéqua aos três subprincípios da utilidade, necessidade e o da proporcionalidade em sentido estrito. Onde não há restrição ao contraditório e fica assegurado o direito de permanecer calado do interrogado, havendo mais ganho que perdas para todas as partes.

Portanto, é imprescindível que os magistrados, ao se deparar com processos que tratam da colisão de princípios constitucionais, fundamentem suas decisões analisando minuciosamente cada tópico do princípio da Proporcionalidade.

Ele deve explicar porque cada subprincípio se aplica ao caso concreto, para no final analisar qual direito deva prevalecer naquela situação, principalmente quando se trata de Cortes Superiores, onde tais decisões podem suscitar erros de interpretações, com entendimentos que ferem os princípios constitucionais pelas instâncias inferiores.

⁶² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Revista Eletrônica da Jurisprudência do STJ. *HABEAS CORPUS* Nº 162.451 - DF (2010/0026700-9). Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=981293&num_registro=201000267009&data=20100816&formato=PDF. Acesso em: 26/03/2017.

O que leva a uma insegurança jurídica, de grande repercussão negativa para o judiciário como um todo, devido à importância que tem as decisões do Superior Tribunal de Justiça.

CONCLUSÃO

A presente monografia tratou sobre a colisão dos princípios constitucionais do contraditório e da não autoincriminação, no interrogatório de corréus. Ela trata a respeito da celeuma que se dá em um processo penal em que há litisconsórcio passivo, ou seja, mais de um réu.

Pois de um lado há o interrogado que não está obrigado a responder as perguntas dos corréus, nem deve ser coagido a tal. De outro, há os corréus que tem o direito a um contraditório efetivo em todo o andamento do processo.

De acordo com o que foi analisado no primeiro capítulo, o princípio do contraditório é assegurado constitucionalmente aos acusados em processo penal e deve ser aplicado se diferindo dos processos extrapenais, principalmente do processo civil, onde apenas a observância da bilateralidade das partes já é suficiente para garantir os direitos assegurados.

Devendo ser aplicado de forma peculiar em processo penal onde sua incidência é maior, devida à importância dos direitos assegurados que geralmente são indisponíveis. De forma que, os aplicadores do direito devem observar essa diferenciação nos processos criminais em que forem atuar.

Assim, o contraditório sempre deve ocorrer em todas as fases processuais, em processo penal de forma plena e efetiva. Ou seja, deve ser garantido durante toda a persecução penal propiciando plenitude de contraditório, fornecendo condições efetivamente reais e não apenas formais para as partes exporem suas razões.

Ou seja, para que se torne pleno e efetivo, é necessário que haja em processo penal a informação dos atos judiciais e que seja possível a reação das partes. Assim, as normas que não observem tal princípio devem ser consideradas como inconstitucionais.

No segundo capítulo foi possível analisar que o princípio da não autoincriminação está previsto na Constituição Federal de forma implícita, derivando-se do direito de permanecer calado e do brocardo *nemo tenetur se detegere* e é garantido a todos os presos.

Tal Princípio deve ser observado durante toda a persecução penal, inclusive durante o interrogatório, incluindo-se aqui o interrogatório de corréu. Não estando o réu obrigado a se pronunciar e ainda não deve ser coagido a nenhuma produção de prova.

Não estando assim obrigado a colaborar com a produção de provas contra si, ou seja, não sendo obrigado a incriminar-se. De modo que as normas que não observem tal princípio, também devem ser consideradas inconstitucionais.

No terceiro capítulo utilizando-se da metodologia de análise das decisões, à luz da teoria de Alexy sobre a aplicação do princípio da proporcionalidade na colisão de princípios constitucionais. Foram feitas as análises das decisões dos *Habeas Corpus* de nº 100.792-RJ e de nº 162.451-DF, ambos do Superior Tribunal de Justiça.

Nas decisões, foi possível analisar que os Ministros, além de fundamentarem suas decisões quase que exclusivamente em precedentes, têm precária fundamentação em relação às restrições impostas aos princípios conflitantes.

Uma vez que em uma decisão o ministro Felix Fischer nega a existência de colisão dos princípios, fundamentando sua decisão no sentido de que a possibilidade de corréu refazer perguntas ao outro réu em seu interrogatório, estaria ferindo o princípio contra a autoincriminação, indeferindo assim o pedido da impetrante.

Porém, quando não se reconhece que há violação ao princípio do contraditório, nega-se a existência da restrição do princípio, que não ocorreu de forma plena e efetiva durante toda a persecução penal. Sustentou ainda, que o contraditório deve ser feito de forma postergada, em outro momento processual.

Houve na verdade explícita violação ao princípio do contraditório, que não foi conhecido como um princípio colidente, nem mesmo restringido.

Na outra decisão analisada, o ministro Haroldo Rodrigues até reconhece que há colisão de princípios, porém não faz a análise da aplicação do princípio da Proporcionalidade. Não aplica de forma minuciosa a ponderando os princípios, pois apenas resumiu muito sucintamente os motivos e citou os precedentes.

Apesar de não ter havido na fundamentação a explanação da análise do princípio da proporcionalidade de forma adequada. A decisão que melhor garante os direitos individuais, de forma mais adequada é a do Ministro Haroldo Rodrigues. Pois, aplicada à proporcionalidade, ao fim, é a decisão que melhor expressa a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

Sendo a decisão que melhor se adéqua aos três subprincípios da utilidade, necessidade e o da proporcionalidade em sentido estrito. Onde não há restrição ao contraditório e fica assegurado o direito de permanecer calado do interrogado, havendo mais ganho que perdas para todas as partes.

Assim, reitera-se aqui a importância da discussão do tema, que traz à tona a importância princípios constitucionais, de suas restrições e das decisões, que devem ser sempre ponderados com uma maior atenção, sendo devidamente fundamentadas, quando se tratar de temas com extrema relevância, como os princípios.

Concluindo-se que os princípios podem sofrer restrições desde que devidamente ponderadas e fundamentadas, obedecendo aos limites impostos pelo princípio da proporcionalidade.

Que nestes casos de interrogatórios de corréus, melhor se adéqua a restrição ao princípio da não autoincriminação, devendo prevalecer o princípio do contraditório. Onde as partes devem ser intimadas para o interrogatório, podendo fazer reperguntas ao interrogado. Porém se mantendo o direito constitucional de permanecer calado do interrogado. Desde modo, os ganhos superam as perdas.

Reiterando ainda a importância do Superior Tribunal de Justiça para todo o poder judiciário brasileiro, sendo uma Corte Superior e a importância de suas decisões, para a segurança jurídica na repercussão de outras decisões.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2001.

BRASIL. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 10 de novembro de 1937)*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm. Acesso em: 31/10/2016.

_____. *Decreto Nº 10.358, de 31 de agosto de 1942*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D10358.htm#art2. Acesso em: 31/10/2016.

_____. *Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946)*. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm. Acesso em: 31/10/2016.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1967*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao67.htm. Acesso em: 02/11/2016.

_____. *Emenda Constitucional Nº 1, de 17 de outubro de 1969*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm. Acesso em: 02/11/2016.

_____. *Constituição Federal de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 13/11/2016.

_____. *DECRETO-LEI Nº 3.689, DE 3 DE OUTUBRO DE 1941: Código de Processo Penal – Publicação Original*. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-3689-3-outubro-1941-322206-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 17/11/2016.

_____. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Revista Eletrônica da Jurisprudência do STJ. *HABEAS CORPUS Nº 100.792 - RJ (2008/0041718-7)*. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=787248&num_registro=200800417187&data=20080630&formato=PDF. Acesso em: 25/03/2017.

_____. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Revista Eletrônica da Jurisprudência do STJ. *HABEAS CORPUS* Nº 162.451 - DF (2010/0026700-9). Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=981293&num_registro=201000267009&data=20100816&formato=PDF. Acesso em: 26/03/2017.

CINTRA. Antonio Carlos de Araújo, Ada Pellegrini Grinover, Cândido Rangel Dinamarco. *Teoria Geral do Processo*. 16ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Inicial. *Convenção Americana de Direitos Humanos*. Disponível em: http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.Convencao_Americana.htm. Acesso em: 17/11/2016.

FERNANDES, Antônio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 6ª edição. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2010.

FREITAS FILHO, Roberto. *Metodologia de Análise das Decisões – MAD*. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/jus/article/download/1206/1149>. Acesso em: 18/03/2017.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *O Processo – III Série Estudos e Pareceres de Processo Penal*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

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

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 7ª edição. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2002.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 8ª edição. São Paulo: editora Malheiros. 1996.

QUEIJO, Maria Elizabeth. *O Direito de não produzir prova contra si mesmo: O princípio nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal*. 2ª edição. São Paulo: editora Saraiva, 2012.

TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro*. 4ª edição. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2011.