

**POR UMA PROIBIÇÃO DE VALORAR A PROVA
NOS CASOS DE OMISSÃO DO DEVER DE IN-
FORMAÇÃO QUALIFICADA: REFLEXÕES SO-
BRE A DECISÃO DO 4º SENADO DO
BUNDESGERICHTSHOF (BGHSt, 53, p. 112 e ss.)¹**

Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Claus Roxin

¹ Trad. Alaor Leite, autorizada pelo autor, do original "Für ein Beweisverwertungsverbot bei unterlassener qualifizierter Belehrung – Anmerkung zu BGH 4 StR 455/08", publicado em HRRS, Maio/2009, p. 186-188. O original está disponível na internet: <http://www.hrr-strafrecht.de/hrr/archiv/09-05/index.php?sz=6>. O Bundesgerichtshof é o tribunal que corresponde ao nosso Superior Tribunal de Justiça, e é dividido em Senados que profere as decisões. As notas de tradutor estão identificadas por N.T., e são de responsabilidade deste tradutor.

I.

A decisão em análise deve ser louvada em razão de, nos casos em que ocorre a omissão do dever de informar ao indiciado sobre seu direito de permanecer em silêncio durante o interrogatório (§ 136 I, 2 Strafprozessordnung, StPO²), não exigir apenas que no novo interrogatório seja realizado *tão-somente* esse esclarecimento. Além disso, nesse segundo interrogatório, deve ser adicionalmente informado que o depoimento realizado sem o cumprimento do *dever de informação simples* não poderá ser valorado (o chamado *dever de informação qualificada*). Dessa forma, busca-se evitar “que o indiciado renuncie ao seu direito de permanecer em silêncio (no segundo interrogatório) por pensar que, possivelmente, a auto-incriminação resultante de depoimento anterior ocorrido com violação do dever de informação simples não possa mais ser de alguma forma apagada”³⁻⁴

² (N.T.) Esse dispositivo prevê os direitos do indiciado no interrogatório. Entre eles está o direito ao silêncio. StPO é a abreviação de Strafprozessordnung, que é o código de processo penal alemão.

³ Assim se manifestou o 4º Senado no julgamento em questão, em quase que literal aceitação de minhas considerações expostas em JR 2008, p. 18.

⁴ (N.T.) Devem ser avançados alguns comentários sobre a *terminologia*, em parte referente apenas ao direito processual penal alemão, e sobre a *decisão em análise*. Primeiro quanto à *terminologia*. Utilizei o termo *dever de informação simples* para referir ao dever da autoridade policial de informar o indiciado sobre seu direito ao silêncio. O termo *dever de informação qualificada* – que surge já no título – se refere à informação adicional, que deve ocorrer no segundo depoimento, sobre a impossibilidade de valoração do primeiro interrogatório ocorrido sem a informação simples. A *proibição de valoração da prova* (Beweisverwertungsverbot) não é termo muito difundido na doutrina processual brasileira, e optei por seguir a tradução que já nos ofereceu Costa Andrade, em Portugal (Cf. *Costa Andrade*, Sobre as Proibições de Prova em Processo Penal, Coimbra, 2006, p. 90 e ss.), igualmente consagrada no art. 355 do código de processo penal português. O processo penal alemão não trabalha, em matéria de prova, com as nossas categorias da nulidade ou invalidade, e sim com a noção da possibilidade de valorar uma prova, isso é, de que o juiz se reporte a ela para fundamentar o seu convencimento. O ato cognitivo de valoração da prova realizado pelo julgador pode ser definido como a utilização do conhecimento trazido pela prova para a configuração jurídica do caso concreto em análise. Negativamente, se extrai que a proibição de valorar a prova é a proibição de utilização daquele conhecimento obtido pela análise da prova na configuração e delineamento jurídicos do caso concreto (Cf. *Löffelmann*, Die normativen Grenzen der Wahrheitsforschung im Strafverfahren, 2007, p. 165-166).

Sobre a *decisão*, um breve resumo e, após, alguns comentários. Trata-se de *decisão* na qual C, T e Sch foram condenados por tentativa de roubo qualificado. Sch foi também condenado por lesões corporais graves. Ocorre que, a despeito de haver fortes e

Igualmente louvável é o fato de o julgador reconhecer uma tese que cada vez mais vem se impondo na nova jurisprudência⁵. Trata-se da tese segundo a qual os órgãos da justiça penal não podem retirar qualquer utilidade das violações conscientes de dispositivos jurídicos (no nosso caso se referiu o 4º Senado ao fato de as autoridades “terem se esquivado conscientemente de cumprir o dever de informação”), senão que

graves suspeitas da participação de C no acontecimento criminoso, este foi ouvido pela polícia primeiramente apenas na qualidade de testemunha, e não de indiciado. Somente em um segundo momento C foi ouvido como indiciado, qualidade que lhe confere uma série de direitos, especialmente o de permanecer em silêncio. No segundo depoimento, C foi devidamente informado de seu direito ao silêncio, mas não foi cumprido o dever adicional exigido pela jurisprudência e doutrina alemãs de informar ao sujeito, nessas situações, que o primeiro depoimento era impassível de ser valorado (dever de informação qualificada). O BGH considerou válida a utilização do segundo depoimento, fundamentando sua decisão, especialmente, em um argumento de ponderação.

Está fora de discussão que aquele primeiro depoimento não pode ser valorado, diante da alteração na qualidade de sujeito processual de C: de testemunha a indiciado. Afinal, tanto lá como cá, não é permitido ser testemunha e indiciado no mesmo procedimento investigativo (Cf. *Roxin/Schünemann*, *Strafverfahrensrecht*, 26ª ed., 2009, § 24 nm 4, p. 184). No segundo depoimento, como já foi dito, não foi cumprido o dever de informação qualificada. Esse dever adicional se justifica pelo fato de que o indiciado pode, no segundo interrogatório, ainda crer erroneamente estar vinculado ao primeiro interrogatório, que já não pode ser mais valorado. Aqui está o coração do problema: diante dessa nova violação, é o segundo depoimento de C válido? Ou essa violação do dever adicional é menos grave do que a não informação do direito de permanecer em silêncio? Esse fato se converte em verdadeiro problema jurídico por duas razões. Fundamental para o deslinde da questão é saber – e isso é bastante controvertido – em que exato momento o sujeito se transforma de testemunha em indiciado (detalhadamente sobre essa problemática *Roxin*, *Sobre o status de indiciado no Processo Penal*, trad. Alaor Leite, RBCrim, no prelo). Aqui é possível optar por um conceito formal de indiciado (o ato oficial de indiciamento é que determina a condição de indiciado do sujeito) ou por um conceito material (existindo suspeitas graves o sujeito é indiciado a partir do momento em que começa a ser tratado como tal), Cf. *Roxin*, JR, 2008, p. 18. A segunda razão, logicamente derivada dessa primeira, é questionar se, mesmo diante de todos os elementos que fundamentariam uma condição de indiciado, pode a polícia, assim mesmo, ouvir o sujeito como testemunha. Evidentemente, não. E isso porque essa atitude representa uma “esquiva consciente” (*bewusste Umgehung*) por parte dos órgãos investigadores, uma forma de driblar as garantias que possui o sujeito como indiciado (o outro lado dessa moeda falsa é o aproveitamento do compromisso com a verdade que possui a testemunha, cf. *Roxin/Schünemann*, *Strafverfahrensrecht*, 26ª ed., 2009, § 26 nm. 12, p. 186), facilitando assim a colheita de informações interessantes para a investigação. Entre outros motivos, é para evitar essa violação do fair-play processual que se institui, em favor do acusado, o dever dos policiais de informação quanto à possibilidade do silêncio e, adicionalmente, quanto à impossibilidade de valoração do primeiro

⁵ A respeito, ver *Roxin*, *NSiZ* 2007, p. 616 e ss. (617), com ulteriores considerações.

nesses casos vige uma *proibição de valorar a prova*. O significado fundamental que esse reconhecimento possui para a teoria da proibição de valoração da prova não é de nenhuma forma reduzido pelo fato de o Senado avaliar que, no caso em questão, não há “nada” que faça imaginar uma “esquiva consciente”. Isso porque o Tribunal também supôs, ainda que sem qualquer fundamentação, que o funcionário da polícia desconhecia o dever de informação qualificada.

Com essas duas teses, o Tribunal acabou por seguir uma decisão do 1º Senado⁶ à qual se remete quase que de forma textual. Além disso, é digno de aplauso a indicação ao § 136a StPO⁷ como caso análogo. Embora o Tribunal tenha evitado uma tomada de posição expressa, não deve ser posto em dúvida que também diante de uma violação desse dispositivo deva ocorrer um dever de informação qualificada no novo interrogatório a ser realizado (ao menos foi o que o 4º Senado deu a entender).

Menos louvável, no entanto, - e aqui reside minha crítica – é o fato de a decisão em análise também seguir a suposição do 1º Senado de que diante de uma omissão do dever de informação qualificada causado por esquecimento ou erro de direito por parte dos funcionários da justiça, apenas se pode afirmar uma proibição de valorar a prova após uma “uma ponderação no caso concreto

II.

O principal argumento para uma ponderação desses moldes – que, seguindo a argumentação das duas decisões citadas, conduzirá quase sempre a não aplicação da proibição de valorar a prova – está na tese segundo a qual “a violação do dever de informação *qualificada* não possui o mesmo peso que a violação do dever de informação *simples* do § 136, I, 2 StPO”⁸. Contra essa tese contida no argumento que recorre à ponderação surgem dois argumentos decisivos⁹.

⁶1 StR 3/07, 450, 452. A respeito, ver meu artigo na JR 2008, p. 16 e ss.

⁷ (N.T.) O dispositivo prevê os métodos proibidos de colheita da prova, como tortura, hipnose, ou fraude

⁸ Da mesma forma já a decisão BGH StV 2007, 457: “não possui o peso que corresponde à violação ao § 136, I, 2 StPO”.

⁹ Comparar a respeito *Roxin* JR 2008. O Senado indicou a existência de crítica (“crítico a respeito, Roxin”), mas se negou, contudo, a estabelecer uma discussão com os argumentos por mim avançados.

O primeiro argumento contrário reside no fato de que o dever de informação se justifica para evitar a ocorrência de uma auto-incriminação causada por desconhecimento do Direito. Esse desconhecimento do Direito ocorre não apenas quando ao indiciado não é informado sobre seu direito ao silêncio e, em razão disso, supõe estar obrigado a prestar o depoimento, mas também quando o indiciado pensa que, se o depoimento anterior prestado sem o esclarecimento pode ser valorado em seu desfavor, de nada mais adianta fazer uso do silêncio no segundo interrogatório.

Poder-se-ia mesmo dizer que a omissão do dever de informação qualificada possui maior peso do que o simples não esclarecimento no primeiro interrogatório. Afinal, enquanto nesse segundo caso o indiciado que crê erroneamente estar obrigado a prestar o depoimento ainda possui a possibilidade de negar o fato ou descrevê-lo falsamente de modo a beneficiar-se, o indiciado diante do qual não é realizado o dever de informação *qualificada* pensa que o depoimento prestado anteriormente irá incriminá-lo, de forma que o silêncio ou a exposição de outra versão dos fatos já não fazem mais sentido, já que agora “nada mais pode ser feito, é tarde demais”. Seria então desejável que o BGH oferecesse alguma razão capaz de responder por que a violação do dever de informação *qualificada* possui menor peso do que a omissão da informação *simples*.

O segundo argumento contrário apóia-se no fato de que uma ponderação tal como é adotada pelo BGH apenas pode ser adequada para violações processuais de menor gravidade, e não para situações nas quais o que está em jogo é o direito ao silêncio do indiciado. Isso porque o direito ao silêncio é garantido não apenas pelo “mandamento de respeito à dignidade humana”¹⁰, pelos direitos da personalidade que possui o indiciado e pelo art. 14, parágrafo 3º do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos¹¹, como também é “parte nuclear do devido processo legal garantido pelo art. 6, parágrafo 1º Convenção Européia de Direito Humanos”¹².

É indiscutível que o direito ao silêncio não é garantido em toda sua extensão quando o indiciado avalia de forma equivocada as consequên-

¹⁰ BGHSt 38, 220.

¹¹ BGHSt 38, 202.

¹² Assim também o presente julgado, em adesão a diversas decisões do EGMR.

¹³ (N.T.) O termo original (*Selbstbelastungsfreiheit*) é de tradução complicada. A tradução mais literal seria *liberdade de se auto-incriminar*. O termo significa que o sujeito está livre da obrigação de se auto-incriminar – embora ainda possa fazê-lo –, e que pode optar por silenciar e mesmo por descrever o fato de outra forma. Ele não precisa contribuir com a sua auto-incriminação, não precisa produzir prova contra si mesmo.

cias jurídicas de seu silêncio em razão de ter ocorrido um esclarecimento incompleto por parte dos órgãos encarregados da investigação (Ermittlungsbehörden). No que se refere à violação do direito do indiciado de não se auto-incriminar¹³, que se segue dos já citados fundamentos legais, constitucionais e de direito internacional, nada se altera pelo fato de a omissão do dever de informação qualificada por parte do funcionário encarregado pelo interrogatório ter ocorrido por esquecimento ou erro de direito. Princípios jurídico-constitucionais e internacionais elementares devem ser garantidos por meio de uma *proibição de valorar a prova* e permanecer livre de ponderações, além de também não poderem ter uma existência dependente das “opiniões jurídicas” dos órgãos de persecução.

Afinal, não há nenhuma razão que, mesmo ao realizar-se uma ponderação, pudesse se sobrepor às considerações acima realizadas. Um terceiro argumento contrário, de caráter mais pragmático, pode ainda ser acrescentado. É de se presumir – e assim parecem proceder as duas decisões mencionadas – que, em regra, o *dever de informação qualificada* é desconhecido pela polícia. Mas ele continuará indefinidamente desconhecido ou então a responsabilidade continuará a ser colocada sobre os ombros dos mais fracos se a violação desse dever não trazer consigo nenhuma consequência jurídica. Mantidas as coisas como estão, o afã de investigar o indiciado sempre prevalecerá. Isso soa compreensível desde o ponto de vista da polícia. Ocorre que um Estado de Direito não tolera uma condenação a qualquer preço. Apenas, portanto, uma *proibição de valorar a prova* conseguirá impor com efetividade na práxis o *dever de informação qualificada*.

III.

Tampouco convencem as considerações sobre a necessidade de ponderação avançadas pela decisão em análise. De pronto, isso vale para o mencionado “interesse no esclarecimento dos fatos”, que na decisão aparece apoiado em uma série de citações de outras decisões. Um interesse dessa ordem sempre existirá. Se o referido “interesse no esclarecimento dos fatos” sempre se sobrepujar à garantia da ausência de obrigação de se auto-incriminar, então a omissão do dever de informação nunca conduzirá a uma proibição de valorar a prova. Tampouco se pode dizer que nos delitos graves o interesse no esclarecimento dos fatos se sobrepõe ao dever de informação sobre o direito ao silêncio e sobre as

conseqüências desse silêncio. Isso porque o § 136 StPO não contém qualquer limitação ou gradação de acordo com a gravidade do delito sub judice.

A situação é diversa no que se refere à seguinte questão, considerada de relevância pelo tribunal: “deve-se avaliar diante das circunstâncias do caso se o interrogado, ao prestar seu segundo interrogatório, partiu ou não do pressuposto de que não poderia mais se afastar das declarações prestadas no interrogatório que ocorreu sem que lhe tivesse sido informado seu direito ao silêncio”. Afinal, se o indiciado souber que as declarações prestadas no primeiro interrogatório não poderão mais ser valoradas, não há no caso de omissão do dever de informação qualificada limitação alguma em sua liberdade de não se auto-incriminar. Também o BGH (decisão BGHSt 38, 214) se pronunciou nesse sentido, em decisão fundamental sobre a proibição de valorar a prova no caso de omissão do dever de informação qualificada, ao afirmar que a proibição de valorar a prova não valeria “quando estiver claro que o indiciado já conhecia seu direito ao silêncio, e isso independentemente do esclarecimento e informação a respeito”.

Ocorre que o Tribunal tampouco comprovou a existência dessa situação. Além disso, o BGH tampouco ordenou o uso do *Freibeweisverfahren*¹⁴, senão que foram utilizadas presunções. A decisão se limitou à consideração de que “parece muito improvável”, “muito remoto” que o acusado C não estivesse consciente de sua liberdade de escolha, e fundamentou essa presunção no fato de que, no segundo interrogatório, “o acusado, pela primeira vez, prestou declarações que o auto-incriminavam consideravelmente”. Ora, ocorre que isso pode igualmente ser produto da crença do acusado de que diante da valoração de seu primeiro depoimento apenas uma completa confissão (*Geständnis*) poderia melhorar sua situação! Como prova de que o acusado possuía conhecimento da impossibilidade de valoração de seu primeiro depoimento, nada disso basta. Se nada disso é suficiente, tampouco isso pode ser presumido introduzindo-se argumentos de ponderação. Afinal, assim as

¹⁴ (N.T.) *Freibeweisverfahren* é o contrário de *Strengbeweisverfahren*. O procedimento do *Strengbeweis* é o que vale na audiência pública, que segue os princípios da imediatidade e da oralidade. Esse procedimento é estritamente formalizado e limitado aos meios legais de prova, justamente por se referir, em princípio, à prova dos pressupostos de direito material (por ex., prova da culpabilidade do autor); já o *Freibeweis* é o procedimento menos rígido, que vale para outras questões, especialmente as de caráter processual (Cf. *Roxin/Schünemann*, *Strafverfahrensrecht*, 26ª ed., 2009, § 24 nm. 2 e ss., p. 150 e ss.).

necessidades probatórias exigidas pelo próprio BGH iriam por água abaixo.

Em razão das considerações expostas, deveria o BGH novamente refletir se não é mais correto *equipar* a omissão do *dever de informação qualificada* fundamentalmente com uma *proibição de valorar a prova*. Vários tribunais de instâncias inferiores já estão percorrendo esse caminho¹⁵.

¹⁵ O próprio tribunal de instância inferior do caso em tela assim procedeu; anteriormente já LG Kreuznach StV 1994, 293; LG Dortmund NSZ 1997, 356.