

DO DIREITO AO SILÊNCIO DA TESTEMUNHA NO PROCESSO PENAL

ÁLVARES, Silvio Carlos¹

RESUMO

Uma das maiores inovações introduzidas na Constituição Federal de 1988, foi o direito ao silêncio do acusado, dogma constitucional amparado no direito americano. A persecução criminal tem para o acusado alguns dogmas constitucionais que devem ser preservados já que nosso Direito Processual Penal visa a garantia dos direitos do cidadão no processo, com a máxima de que ninguém é obrigado a produzir provas contra si mesmo. Dentro da evolução do direito, o presente estudo coloca de maneira sintética o direito ao silêncio do acusado, num primeiro momento daquele que se encontra preso, segundo as interpretações iniciais da nova Carta Magna, para depois estender o significado e alcance do dogma constitucional, chegando, inclusive, a incluir nesta proteção a testemunha, quando o que disser puder ser usado contra ela em futuro procedimento.

Palavras chaves: Garantias constitucionais do individuo no processo - direito ao silêncio – dogma constitucional – preso – imputado – testemunhas.

ABSTRACT

One of the greatest innovations introduced in the Federal Constitution of 1988 was the right to silence of the accused, constitutional dogma under American law. The criminal prosecution has for the accused some constitutional dogmas that must be preserved since our Criminal Procedural Law aims at guaranteeing the rights of the citizen in the process, with the maxim that no one is obliged to produce evidence against itself. Within the evolution of law, the present study summarizes the right to silence of the accused at the first moment of the prisoner, according to the initial interpretations of the new Magna Carta, to later extend the meaning and scope of the constitutional dogma, arriving, including to include in this protection the witness, when what he says may be used against him in future procedure.

Keywords: Constitutional guarantees of the individual in the process - right to silence - constitutional dogma - prisoner - imputed - witnesses.

¹ Docente do Curso de Direito da Faculdade de Ensino Superior e Formação Integral - FAEF – e-mail: salvares@tjsp.jus.br

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo é continuidade daqueles já analisados em artigos dos números anteriores dessa respeitável revista eletrônica, que falaram do interrogatório e versa sobre grande inovação profissional, que foi o direito ao silêncio do acusado dentro do processo penal brasileiro. Inserido no artigo 5º, inciso LXIII da Constituição Federal, este novo dogma preceituava, de maneira restrita, quando da promulgação da presente Constituição Federal que somente o preso teria direito a tal silêncio. Entretanto, como a Constituição Federal foi promulgada sob os auspícios de uma democracia, pós-regime ditatorial, não poderia inserir, contrariando seus preceitos básicos de cidadania plena, um inciso em que a interpretação fosse restritiva. Assim, tanto a doutrina como a jurisprudência, em primeiro momento, delineou que não seria somente o preso em processo criminal que teria direito ao silêncio e sim qualquer imputado em qualquer tipo de procedimento, quer seja penal, civil, administrativo ou até mesmo eclesiástico. A própria doutrina alicerçada em jurisprudência específica do Supremo Tribunal Federal admitiu a ampliação de tal dogma também às testemunhas em procedimentos quais sejam, desde que o que falarem nesta condição possa ser utilizados contra elas em procedimentos futuros. Aqui está o norte do presente artigo científico.

2. O DIREITO AO SILÊNCIO COMO GARANTIA CONSTITUCIONAL

Erigido à dogma constitucional o direito ao silêncio, tornou-se no direito pátrio norma expressa constitucional. Dessa forma, é a letra do artigo 5º, em seu inciso LXIII, que assim prevê: “Artigo 5º, 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”.

Referido dispositivo constitucional abriga em seu bojo o direito do indivíduo, quando da ocorrência da privação de sua liberdade, de permanecer em silêncio. Tal dogma constitucional constitui-se em direito subjetivo público.

Tal direito, da permanência em estado de silêncio quando de sua prisão colocado como dogma constitucional é tido por J. Crettella Júnior (CRETTELA JUNIOR, 1989), em obra lançada concomitantemente com a promulgação da Carta Magna, como direito subjetivo público inerente tão somente à prisão.

Preleciona que:

“(…) o direito subjetivo público de permanecer calado, o que de modo algum ocorrerá durante o interrogatório do acusado, pelo juiz, que tem o poder-dever de informar o interrogando que, embora não obrigado a responder às perguntas que lhe forem formuladas, o seu silêncio poderá ser interpretado em prejuízo da própria defesa”.

Tal orientação está ultrapassada, tanto na doutrina, como na jurisprudência mais atualizada, e deve ser creditada à vontade e iniciativa, no momento da promulgação, salutar, de se entender o aspecto da lei constitucional. Hoje não se admite, como verá esta interpretação tão restritiva de tão importante e universal direito, que também abriga a testemunha no seu direito de não se auto incriminar. Na verdade tal posição surgiu, como consignado, concomitantemente com a promulgação da Constituição vigente, sendo que a obra analisada teve o intuito de interpretar a Constituição de maneira imediata, sem o necessário e indispensável tempo de maturação das idéias e do real ideal do dispositivo analisado.

Da mesma forma tal rigor e que por não dizer radicalismo na interpretação literal do dispositivo é por demais equivocado. Tiraria do preceito constitucional o ideal e objetivo maior que a própria lei estabelece.

3. ANÁLISE DO ARTIGO 5º, INCISO LXIII DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL: O Direito de Não Fazer Prova Contra Si Mesmo:

Procedendo-se a uma leitura atenta do inciso supracitado, poder-se-ia afirmar que o direito ao silêncio do indivíduo surpreendido em plena faina criminosa dar-se-ia tão somente quando de sua detenção, como nos filmes policiais americanos.

Não se há de olvidar que tal dispositivo deve ter tido sua inspiração no direito norte-americano e, fatalmente, deve ter sido subtraído da 5ª Emenda à Constituição daquele país, datada de 1791, que prescreve: “Ninguém poderá ser constrangido a depor contra si próprio”.

Entre nós, entretanto, percebe-se claramente que a cláusula constitucional brasileira mostra-se mais generosa em relação ao silêncio do acusado do que a tradicional previsão do direito norte-americano do privilegia against self-incriminatio já mencionada.

É a síntese do princípio de que o réu não é obrigado a fazer prova contra si mesmo. Razão pela qual, em certas diligências do processo, ele não estará obrigado a realizá-las. É o caso da reprodução simulada dos fatos (artigo 7º do C.P.P.), a tradicional “reconstituição” dos

fatos.

Aliás, nosso trabalho demonstrará, com evidência, que a possibilidade de silêncio em face da circunstância de que ninguém é obrigado a fazer prova contra si, hoje não é aplicada tão somente em favor daquele que está sendo acusado, mas também em favor da pessoa que esteja na relação processual na condição de testemunha.

Se, porventura, o que disser no procedimento próprio instaurado, puder ser usado em seu desfavor ou em futuro processo criminal, pode ela silenciar, uma vez, que, como já referido, não é obrigada a fazer prova contra si mesma.

4. O CASO FRANCISCO LOPES COMO PRECURSOR DO DIREITO AO SILÊNCIO DA TESTEMUNHA:

A questão do silêncio como norma constitucional, muito embora presente na Constituição Federal de 1988 desde sua promulgação, como já analisado, sem dúvida teve maior amplitude a partir de 26 de abril de 1999, um dos fatos que motivou não só a alteração da lei em 2003, como também a ampliação do direito ao silêncio para a testemunha.

O assunto tomou maior notoriedade e provocou maior celeuma a partir da data acima mencionada que, segundo palavras, sempre ponderadas, mas combativas do Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil – São Paulo – Rubens Aprobato Machado, tornou-se o dia em que a Sessão da CPI do Sistema Financeiro entrou para a história como exemplo de arbítrio a não ser seguido e de ofensa clara à Constituição Federal e ao princípio do silêncio.

Na época o Banco Central autorizou empréstimos a dois bancos privados, Marka e Fonte Sidam, de milhares de dólares, sendo incontroverso que se tratava de pequenas instituições financeiras que não necessitavam de socorro extremo, uma vez que não traziam, em caso de “quebra”, qualquer tipo de possibilidade de desestrutura da ordem econômica nacional. Porém, tais empréstimos foram dados e questionou-se não só a lisura deles, como os métodos empregados.

Instalada a comissão, o ex-presidente do Banco Central à época dos empréstimos, Sr. Francisco Lopes, foi intimado a depor em tal comissão.

Em face de a Constituição assegurar a prerrogativa de todo cidadão de calar-se quando ouvido em declarações ou interrogatório sem correr o risco de incriminar-se, tal estratégia de defesa foi utilizada pelos advogados do ex-presidente do Banco Central.

Na verdade, entendiam eles que Lopes já havia transposto a tênue linha que o separava

da qualidade de testemunha e da de indiciado em potencial.

Acertadamente tais defensores primaram por tal linha de raciocínio.

É evidente que intimado a depor como testemunha, certamente o que falasse sobre os fatos poderia incriminá-lo em futuro processo criminal como réu.

Inegável que na qualidade de Presidente do Banco Central à época dos fatos, indiscutivelmente, tinha o dever de vigilância sobre os atos de seus diretores hierarquicamente subordinados.

No entanto, os membros da Comissão Parlamentar de Inquérito impuseram a ele a condição de prestar compromisso e de depor sem direito de recorrer ao silêncio. Em face de sua negativa em falar, determinaram sua prisão em flagrante delito por desacato e desobediência.

Moralmente, seu silêncio é totalmente condenável, e ninguém em sã consciência pode corroborar tal atitude.

Entretanto, tecnicamente, tinha ele todos os direitos para silenciar, uma vez que se encontrava amparado por dogma constitucional.

Os parlamentares questionavam a aplicabilidade do silêncio dizendo que a utilização dele poderia levar, nas diversas CPI's instaladas não só no Congresso Nacional, mas também nas Assembléias Legislativas e Câmaras Municipais, à impunidade.

5. O DIREITO DA TESTEMUNHA SILENCIAR:

Após a Comissão Parlamentar de Inquérito do Banco Central, em que se começou a discussão sobre o direito ao silêncio do acusado, outra Comissão foi instaurada também de grande repercussão e importância não só para o direito e as garantias processuais, notadamente o direito ao silêncio, mas também para a vida política do país.

Trata-se da Comissão Parlamentar de Inquérito do Narcotráfico, cujo objetivo primordial de desmascarar os grandes incentivadores do vício fácil, que envolve quantias exorbitantes e acabam por exterminar a vida de nossos jovens, é enormemente salutar.

Entretanto, no aspecto técnico-jurídico deixou muito a desejar em face da disposição de seus membros em aparecerem perante a mídia como salvadores da pátria, exorbitando o sentido literal da lei e, em diversos casos, passando por cima das garantias constitucionais e processuais, fazendo com que a Suprema Corte de Justiça pátria fosse invocada a manifestar-se e a dirimir tais excessos. Fizeram, inclusive, uso equivocado e errôneo quanto aos seus

poderes jurisdicionais, sem se atentar para o aspecto da “reserva jurisdicional constitucional”.

Na Comissão de Inquérito do Narcotráfico, vários foram os Julgados que tiveram importância ímpar na nova diretriz do direito ao silêncio, ampliando ainda mais o entendimento do artigo 5º, inciso LXIII da Constituição Federal.

No julgamento do HC N.º 79.812-8-SP, em medida liminar concedida pelo Ministro Celso de Mello, temos a síntese de todos os Julgados do STF no sentido do direito ao silêncio, bem como a análise de um aspecto até pouco ou quase nada discutido: “A possibilidade de a testemunha silenciar”.

Como manifestação doutrinária e jurisprudencial, o V. Julgado em liminar, por si só, é capaz de dirimir quaisquer dúvidas.

Após tal breve relato dos fatos, assim leciona o V. Julgado, com relação ao direito ao silêncio do acusado, e no caso sub judice, mais notadamente ao da testemunha:

“Sabe-se que, embora comparecendo, assiste ao ora paciente o direito de se manter em silêncio, sem se expor – em virtude do exercício legítimo dessa faculdade – a qualquer restrição em sua esfera jurídica, desde que as suas respostas, às indagações que lhe venham a ser feitas pelos membros da CPI/Narcotráfico, possam acarretar-lhe grave dano (nemo tenetur se detegere)”.

É que os indiciados ou testemunhas dispõem, em nosso ordenamento jurídico, da prerrogativa contra a auto-incriminação, consoante tem proclamado a jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal (RDA. 196197, Rel. Min. Celso de Mello - HC. 78.814-PR, Relator Min. Celso de Mello, HC. 79.244-DF, Relator Min. Sepúlveda Pertence).

6. CONCLUSÃO

Assim temos que na qualidade de testemunha, qualquer pessoa pode silenciar não só perante a Comissão de Inquérito, mas em qualquer procedimento quer extrajudicial ou judicial, em duas hipóteses:

a) quando da resposta à indagação, esta possa incriminá-lo ou acarretar-lhe grave dano, sendo possível a utilização de suas palavras em futuro processo criminal em que possa ser acionado diretamente (Código de Processo Penal, art. 3º², c.c. artigo 406, I³, do

² Art. 3º, CPP: “A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito”.

³ Art. 406, CPC: “A testemunha não é obrigada a depor de fatos: I – que lhe acarretem grave dano, bem como ao seu cônjuge e aos seus parentes consanguíneos ou afins, em linha reta ou na colateral em segundo grau”.

Código de Processo Civil);

b) quando deva guardar sigilo profissional; por exemplo, um advogado no exercício de sua função, conforme dispõe o artigo 207⁴ do Código de Processo Penal.

É mister afirmar, ainda, que à testemunha, bem como ao acusado que comparece em Comissão Parlamentar de Inquérito para ser interrogado, ou prestar depoimento, é assegurado o direito de se fazer acompanhar por advogado, que pode ingressar livremente na sala e dependências das audiências, assim como reclamar contra a inobservância da lei, regimento ou regulamento, conforme disposição expressa do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, em seu artigo 7^o⁵. Entretanto, não conta com o direito de participar das respostas que são privativas do inquirido.

Tem-se hoje como completamente absurda, ditatorial e arbitrária a atitude de, sem motivo justo, expulsar da sala o profissional, advogado, que acompanha o acusado ou a testemunha em sua oitiva.

Dessa forma, evidencia-se que o direito ao silêncio da testemunha, assim como do acusado, pode ser invocado em qualquer procedimento e não somente no procedimento judicial criminal.

A testemunha que com suas palavras puder trazer contra si incriminação futura em procedimento próprio, pode silenciar, invocando a autoridade da não auto-incriminação.

Seria o caso, portanto, de um policial militar que depusesse em processo criminal contra um autor de um furto e tendo o dever de falar a verdade sobre aquele fato, indagado do mesmo, fizesse efetivamente o relato veraz da responsabilidade criminal do denunciado, se perguntado se teria de alguma forma agredido o mesmo para obter uma confissão, tivesse o dever de falar, fazendo sua auto-incriminação.

Evidente que não, sua fala desembocaria em procedimento judicial futuro como réu, prejudicando seu direito maior de não fazer prova contra si mesmo.

⁴ Art. 207, CPP: “São proibidas de depor as pessoas que em razão de função, ministério, ofício ou profissão, devam guardar segredo, salvo se, desobrigadas pela parte interessada, quiserem dar o seu testemunho”.

⁵ Art. 7º, Estatuto da Ordem: “São direitos do advogado: I – exercer, com liberdade, a profissão em todo o território nacional; IV – ingressar livremente: a) nas salas das sessões dos Tribunais, mesmo além dos cancelos que separam a parte reservada aos magistrados; b) nas salas e dependências de audiências, secretarias, escritórios de justiça, serviços notariais e de registro, e, no caso de delegacias, mesmo fora da hora de expediente e independentemente da presença de seus titulares; d) em qualquer assembleia ou reunião de que participe ou possa participar seu cliente, ou perante qual; este deva comparecer, desde que munido de poderes especiais; X – usar da palavra, pela ordem, em qualquer juízo ou tribunal, mediante intervenção sumária, para esclarecer equívoco ou dúvida surgida em relação a fatos, documentos ou afirmações que influam no julgamento, bem como replicar acusação ou censura que lhe forem feitas; XI – reclamar, verbalmente ou por escrito, perante qualquer juízo, tribunal ou autoridade, contra a inobservância de preceito de lei, regulamento ou regimento...”.

Foi o que decidiu o Superior Tribunal de Justiça, a respeito, no HC 98.629, em que se reconheceu que a testemunha que legitimamente mente para não se incriminar não pode ser processada. Com maior razão, aquela que silencia no mesmo sentido não poderá ser incriminada.

A conduta da testemunha que mente em juízo, ou silencia para não se incriminar, sem a finalidade especial específica de causar prejuízo a alguém ou à administração da justiça, é atípica, portanto, totalmente legal, e amparada pela lei.

Dessa forma, não se pode olvidar que é direito constitucional, pela amplitude de aplicabilidade do contido no artigo 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal que a testemunha, em qualquer tipo de procedimento tem o direito ao silêncio, consagrando-se o seu direito maior de não se auto-incriminar.

7. REFERÊNCIAS

ALVARES, Silvio Carlos, “O direito ao silêncio do acusado – Aspectos Constitucionais e Processuais Penais” – Dissertação de Mestrado – Centro de Pós Graduação da Instituição Toledo de Ensino de Bauru, 2001.

ARAUJO, Luiz Alberto David et NUNES, Vidal Serrano Júnior. Curso de Direito Constitucional, São Paulo: Saraiva, 1998.

CRETELLA JUNIOR, José. Comentários à Constituição Federal, São Paulo: Universitária, 1989.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães, Direito à Prova no Processo Penal, R.T., 1997, Informativo STF n.º 184

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Código de Processo Penal Comentado, São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Manual de Processo Penal, São Paulo: Saraiva, 2010.