

DO DIREITO AO SILÊNCIO DO ACUSADO NO INTERROGATÓRIO JUDICIAL

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 aquele não encarcerado e seu momento procedimental próprio. **Palavras chaves:** Garantias constitucionais do individuo no processo - direito ao silêncio do acusado – dogma constitucional – preso – imputado.

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 the nonincarcerated person and his own procedural moment.

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

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 do artigo anteriormente proposto sobre a natureza jurídica do interrogatório, como meio de prova ou de defesa. Ultrapassada tal questão e já pacificado que trata-se de meio de defesa, pelo nosso trabalho anterior, outra questão de relevância impar se colocou no estudo desse instituto. Com a Constituição Federal vigente, que foi promulgada em 1988, sob as hostes da possibilidade de uma democracia plena, levando-se como experiência o direito americano, pela primeira vez na Carta Magna, inseriu-se o direito ao silêncio do acusado como dogma constitucional. Imensa foi a importância desse dogma, já que a Constituição Federal vigente também acolheu o princípio de que ninguém é obrigado a fazer prova contra si mesmo, princípio democrático de consagração da ampla defesa dentro do processo penal. 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. Este será o mote do nosso trabalho, já lançando a semente para o próximo artigo a ser elaborado na próxima publicação da nossa querida Revista Eletrônica da Faef, a possibilidade da testemunha silenciar, ampliando-se o dogma constitucional, afeto ao réu. Mas essa possibilidade ficará para uma discussão futura. Hoje vamos nos ater especificamente ao réu e seu direito ao silêncio, que muito embora patenteadado na Constituição Federal, positivado e de aplicação irrestrita e imediata, sofreu algumas tentativas de sabotagem para sua aplicação integral.

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.

Em um primeiro momento, acreditamos, até pela vontade não reprovável de interpretação imediata do dogma constitucional, tivemos algumas restrições até quanto à aplicabilidade dessa norma constitucional, que no estudo do Direito Constitucional, se apresenta como auto-aplicável, sem necessidade de regulamentação. Assim, que num primeiro momento J. Crettella Júnior (CRETTELLA JR, 1989), em obra lançada concomitantemente com a promulgação da Carta Magna, como direito subjetivo público inerente tão somente à prisão.

Prelecionou referido doutrinador, naquele instante da nova órbita constitucional, 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 tal direito insculpido como norma auto-aplicável ao réu, em artigo posterior, também abrigará a testemunha no seu direito de não se autoincriminar.

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:

“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”.

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.

Interessante notar, em um primeiro momento, que tal dispositivo foi inspirado no direito 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.

Tanto isso é verdade, que existem certas diligências procedimentais que ele não está obrigado ao comparecimento.

Podemos colocar, como exemplo, na fase inquisitiva, extrajudicial, do inquérito policial, na reprodução simulada dos fatos (artigo 7º do C.P.P.), a tradicional “reconstituição” dos fatos.

Aliás, nosso estudo nesse momento 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, como já consignado, em trabalho posterior.

4. MOMENTO PRÓPRIO DENTRO DO PROCEDIMENTO JUDICIAL INSTAURADO DO SILÊNCIO DO RÉU.

A norma constitucional positivada em 1988, auto-aplicável como já delineado, sofreu muitas incursões no sentido de sua aplicação restritiva.

Ora, evidente que não se pode admitir tal fato. A Constituição Federal promulgada sob os auspícios de uma democracia plena, pós-regime ditatorial, não poderia inserir no art. 5º disposições que tivessem aplicação restritiva.

Nem poderia ser dessa forma. A Constituição Federal, no afã de não deixar dúvidas, sobre seu norte de enaltecimento do indivíduo e a mínima intervenção estatal, não poderia

restringir a aplicação de seus dispositivos, ainda mais quando se tratasse das Garantias Individuais e dos Direitos Fundamentais.

Não é a toa que quando da promulgação da Constituição vigente, o saudoso Ulysses Guimarães, Presidente da Assembléia Nacional Constituinte, a denominou como “Constituição-Cidadã”, ou “Constituição Coragem”.

Saíamos de um regime de liberdades restritas ou inexistentes e já tínhamos a previsão de uma democracia popular senão plena, mas caminhando para isso.

Mesmo com a auto-aplicação do dispositivo constitucional, tivemos ainda vários julgadores que impunham a ele, uma restritividade que ele não comportava.

Por diversas vezes, julgamentos emanados do Poder Judiciário em suas diversas Instâncias, ainda diziam que o direito ao silêncio do acusado era relativo.

Vários julgamentos, aliás, desprezavam aqueles que faziam uso do dogma constitucional na fase inquisitiva, policial, para alicerçar que se a pessoa fosse realmente inocente, deveria clamar naquela fase procedimental sua inocência e não silenciar. Tratava-se da consagração do dito popular “quem cala consente” em total animosidade e contrariedade ao dogma constitucional de que ninguém é obrigado a fazer prova contra si mesmo, e, ainda, ao dispositivo processual penal insculpido no art. 158 do Código de Processo Penal, de que a prova incumbe a quem alega. Portanto, o ônus da prova competia à acusação, àquele que a fizesse contra o réu, sendo dele a necessidade e obrigatoriedade de provar seu alegado na peça inicial, quer seja uma denúncia ou uma queixa crime.

E isso ficou tão evidente, e essa monstruosidade jurídica imperou durante tanto tempo, que na nova Lei de Provas, necessitou, o que seria dispensável, pela própria redação constitucional, se positivar mais uma vez na lei infraconstitucional tal direito soberano inserto na Carta Magna.

Difícil acreditar que tenha sido necessário ao legislador infraconstitucional ter que inserir em uma lei ordinária, algo que a própria Constituição já alçava à condição de dogma incontestável.

O dispositivo constitucional é claro, não necessitando de interpretações posteriores e de auto aplicação como já consignado neste estudo.

Assim é que, com a edição da Lei 10.792/03, positivou-se na lei infraconstitucional, em face da tentativa absurda de se relativizar o dogma constitucional que o direito ao silêncio é amplo e irrestrito.

A letra da lei é nesse sentido:

“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.”

Mas não é só.

Reforçando a existência e eficácia do dogma constitucional o parágrafo único ainda reafirma: “parágrafo único. O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa”.

Absurda mais necessária tal reafirmação do dogma constitucional.

Ainda, o Brasil aderiu em 1992 ao Pacto Interamericano de Direitos Humanos, “Pacto de São José da Costa Rica”, que de maneira explícita no art. 8.2, g, assim enuncia que toda pessoa, presa ou em liberdade, tem o “direito de não ser obrigado a depor contra si mesma nem a declarar-se culpada”.

A melhor doutrina a respeito espousa que:

“O direito de silêncio é apenas uma manifestação de uma garantia muito maior, insculpida no princípio ‘nemo tenetur se detegere’, segundo o qual o sujeito passivo não pode sofrer nenhum prejuízo jurídico por omitir-se de colaborar em uma atividade probatória da acusação ou por exercer seu direito de silêncio quando do interrogatório.” (LOPES JUNIOR, 2012).

5. CONCLUSÃO

Concluimos então, dentro da nossa trilogia proposta, iniciada com o interrogatório como meio de defesa, que estando o réu perante o magistrado para seu interrogatório judicial ele tem direito a quatro atitudes:

- Negar os fatos.
- Mentir, sem que isso lhe prejudique, já que a mentira do réu não tem tipicidade penal, ante a inexistência do crime de perjúrio, existindo, tão somente, punição para a testemunha que mente, nos termos do art. 342 do Código Penal (falso testemunho).
- Confessar, com a benesse da aplicação da circunstância atenuante da confissão espontânea do art. 65 do Código Penal, e,

- silenciar, dogma constitucional ampliativo e integral que não pode ser levado em prejuízo do réu.

Dessa forma, no interrogatório judicial, primeiro por dogma constitucional e segundo pela reafirmação dele positivado na lei processual penal, como visto, o direito ao silêncio do acusado é absoluto, devendo ser integralmente respeitado sem que traga qualquer prejuízo a ele dentro do processo.

A propósito, com as garantias já vistas do interrogatório como meio de defesa e do direito de silêncio do réu, percebemos que a Constituição vigente, alçou o indivíduo processado de muitas garantias, que fazem com que na balança, antigamente desigual com os direitos da acusação, possa se ter uma paridade maior de armas, ressaltando e consagrando a equidade e isonomia, norte de nossa Carta Magna.

Até o próximo número da nossa revista quando, dentro da trilogia proposta, vamos falar da extensão do direito ao silêncio hoje estudado, à testemunha dentro do procedimento instaurado.

6. 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.

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

LOPES JUNIOR, Aury, Direito Processual Penal, 9º ed., São Paulo. Saraiva,. 2012.

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

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