

HELEN HARTMANN

**DIREITO AO SILÊNCIO:
PELA EFETIVIDADE MATERIAL DO ARTIGO 186 DO CPP**

Monografia apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Bacharel em Direito, Curso de Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho

**CURITIBA
2005**

TERMO DE APROVAÇÃO

HELEN HARTMANN

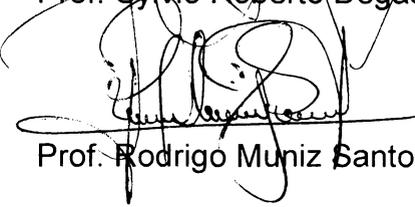
DIREITO AO SILÊNCIO:
PELA EFETIVIDADE MATERIA DO ARTIGO 186 DO CPP

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel no Curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:


Orientador: Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho

Departamento de Direito Penal e Processual Penal, UFPR


Prof. Sylvio Roberto Degasperi Kuhlmann


Prof. Rodrigo Muniz Santos

Curitiba, 24 de outubro de 2005

SUMÁRIO

RESUMO	iv
1 INTRODUÇÃO	1
2 DOS FUNDAMENTOS DO DIREITO AO SILÊNCIO	05
2.1 DOS FUNDAMENTOS POLÍTICOS	06
2.1.1 O Direito ao Silêncio na Antigüidade	09
2.1.2 O Direito ao Silêncio no Medievo Continental Ocidental	15
2.1.3 O Direito ao Silêncio no Medievo Ocidental Insular.....	20
2.1.4 O Direito ao Silêncio na formação dos Estados Modernos.....	26
2.1.5 O Direito ao Silêncio na Modernidade	28
2.1.6 O Direito ao Silêncio na Constituição Norte-Americana	32
2.1.7 O Direito ao Silêncio no Brasil Colônia.....	35
2.1.8 O Direito ao Silêncio no Brasil Império	40
2.1.8.1 A Constituição de 1824.....	40
2.1.8.2 A reforma de 1841	44
2.1.8.3 A reforma de 1871	46
2.1.9 O Direito ao Silêncio no Brasil Republicano	47
2.1.9.1 Algum contato com o Código de Processo Penal de 1941	49
2.2 DOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS.....	50
2.2.1 O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana	50
2.2.2 O Princípio da Presunção de Inocência.....	51
2.2.2 O Princípio do Devido Processo Legal	53
2.2.3 O Princípio do Contraditório	55
2.2.4 O Princípio da Ampla Defesa	58
3 O DIREITO AO SILÊNCIO NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988	61
3.1 UM CONCEITO DO QUAL SE PROPÕE PARTIR.....	65
3.2 O SILÊNCIO ENQUANTO DEFESA	66
3.2.1 O Silêncio Durante o Interrogatório	66
3.2.2 O Silêncio e as Modalidades de Defesa	72
3.2.3 O Silêncio e a Questão Probatória	74
4 DA EFETIVIDADE DO DIREITO AO SILÊNCIO	79
4.1 PERANTE A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA	79
4.2 PERANTE A REDAÇÃO ORIGINÁRIA DO ARTIGO 186 DO CPP.....	80
4.3 PERANTE A RECENTE REFORMA DO CPP.....	81
4.4 PERANTE A JURISPRUDÊNCIA.....	83
5 CONCLUSÃO	90
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	93

*Se do breu à primeira faísca
pela palavra,
Do meu caos a este trabalho
pelo Mestre:
através dele, desde ele e por ele.*

*Ao Mestre, pois,
com toda a admiração,
respeito e
amor.*

RESUMO

O direito ao silêncio foi expressamente consagrado pela primeira vez em uma Constituição da República brasileira pela ordem instaurada em 1988 (inciso LXIII do artigo 5.º). Estava em vigor, infraconstitucionalmente, um dispositivo que permitia que do seu exercício emanassem prejuízos ao titular. Trata-se do artigo 186 do Código de Processo Penal, que foi derogado pela CR de 1988. Entretanto, na prática continuou-se a interpretá-lo em desfavor ao cidadão. Em 1.º dezembro de 2003 promulgou-se a Lei n.º 10792 que alterou, dentre outros, o artigo 186 do CPP, acrescentando-lhe o parágrafo único que veda o prejuízo à defesa em decorrência do silêncio. Novamente, a realidade não se alterou. Faz-se pertinente, portanto, postular a efetividade material do direito ao silêncio. Para tanto, estuda-se sua evolução política e jurídica, perpassando por elementos de filosofia e psicanálise. Evidencia-se que o seu significado é mutável e pode ser constantemente depurado (ou desvirtuado) de acordo com os valores e interesses predominantes. Propõe-se um conceito de direito ao silêncio do qual se entende razoável partir em direção à sua efetividade material. Rechaçam-se quaisquer sentidos que lhe sejam atribuídos diferentes do não-ser ao qual efetivamente remete. Refuta-se a exigência de demonstração de um prejuízo, além do desrespeito aos componentes de seu conteúdo, quais sejam: (a) direito a ser advertido do direito ao silêncio; (b) direito de ser advertido de que do silêncio não pode advir prejuízo; (c) direito de ser orientado por advogado; (d) direito de ser orientado por advogado antes de ser interrogado; (e) direito de o seu advogado estar presente e intervir durante o interrogatório). Imprescindível à sua concretização, muito além de alterações legislativas, é uma autêntica mudança de mentalidade capaz de respeitar o cidadão e exigir que se cumpram as normas da Constituição da República.

Palavras-chave: Direito ao Silêncio; Constituição da República; Código de Processo Penal; Reforma Processual Penal; Efetividade Material; Prejuízo; Mudança de Mentalidade.

1 INTRODUÇÃO

“O senhor tem o direito de permanecer em silêncio; tudo o que o senhor disser pode ser utilizado contra o senhor em juízo; se o senhor silenciar não será prejudicado; o senhor tem direito à defesa técnica efetiva e anterior à sua manifestação nesse procedimento; se o senhor não tiver advogado e não dispuser de condições financeiras para algum constituir, o Estado se incumba de o fazer”. Nestes termos é que se deveriam abordar os cidadãos em processos criminais.

A cada um dos cidadãos brasileiros é garantido o direito de se manter silente frente a quaisquer espécies de abordagens em âmbito processual-penal, por parte de agentes estatais.

Trata-se do *direito ao silêncio*¹, pelo qual se entende, em um primeiro momento, o direito que o cidadão detém de ser advertido da possibilidade de invocar a prerrogativa de calar, perante questionamentos referentes a eventuais acusações ou perquirições, quanto à sua participação no pólo ativo dos crimes e, de conseqüência, nos *casos penais*².

Dos princípios do *devido processo legal* e da *presunção de inocência* emerge um arcabouço garantista, no qual se insere o *privilégio contra a auto-incriminação* que, por sua vez, compreende o direito ao silêncio.

Em que pese já ser possível inferi-lo de alguns dos modelos constitucionais pregressos, o direito ao silêncio foi explicitamente positivado pela primeira vez na Constituição da República de 1988, através do inciso LXIII do art. 5.^o³.

¹ “Consiste, destarte, e ao mesmo tempo, na **proteção ao silêncio do imputado**, e, por via de conseqüência, **contra a sua auto-incriminação** [grifos no original].” (TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 392); “...o direito ao silêncio é uma garantia constitucional de que ninguém é obrigado a depor contra si mesmo, a produzir provas ou praticar atos lesivos à sua defesa.” (MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; MORAES, Maurício Zanoide. Direito ao silêncio no interrogatório. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 6, p. 138, abr./jun. 1994).

² Vide: COUTINHO, Jacinto Nelson Miranda de. *A lide e o conteúdo do processo penal*. Curitiba: Juruá, 1999, *passim*.

³ Inciso LXIII, art. 5.^o da CR: “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”.

Há que se perceber o direito ao silêncio como um elemento a compor o sistema⁴ constitucional instaurado em 1988, a estruturar a República Federativa do Brasil enquanto Estado Democrático de Direito⁵, sendo este legitimado pelo princípio da soberania popular⁶.

Em 05 de outubro de 1988 promulgou-se a atual Constituição da República, a coroar as delongadas lutas pela derrocada do *regime de exceção*, regente do País desde o ano de 1964, e consubstanciar uma nova *ordem constitucional*, axiologicamente impregnada de valores sociais há tanto pisoteados. Representou, com efeito, um novo pacto político-social de natureza democrática⁷. O povo, reunido, renovava o *contrato social*⁸ através

⁴ Sistema pode ser entendido como um conjunto de elementos relacionados por um princípio unificador de forma pretensamente coesa e harmônica. (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, Curitiba, n.30, 1998, p. 165). FREITAS entende *sistema jurídico* "como rede axiológica e hierarquizada de princípios gerais e tópicos, de normas e de valores jurídicos cuja função é a de, evitando ou superando antinomias, dar cumprimento aos princípios e objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito, assim como se encontram consubstanciados, expressa ou implicitamente, na Constituição." (FREITAS, Juarez. *A Interpretação Sistemática do Direito*. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 40). Para tanto, percorre de forma didática e consistente pelos clássicos entendimentos de Karl Larenz (incluindo uma leitura desse sobre as posturas de Savigny; Putcha; Ihering; Windscheid; Binding, Wach, Kohler; Bierling; Heck, Stoll, Muller-Erzbach; Ehrlich, Kantorowics, Fuchs, Isay; Kelsen; Stammler, Rieckert, Lask, Radbruch, Sauer; Binder; Schönfeld; Welzel; Esser, Kriele; Viehweg; Engisch, Coing, Pawloski; Perelman; Gadamer; Luhmann; Kirchmann; Hegel, leitura introdutória peculiarmente esclarecedora para organizar contatos incipientes com tantos pontos de vista), Claus-Wilhelm Canaris, Hans Kelsen, Teodor Viehweg, Josef Esser, Karl Engisch, Emil Lask, entre outros. (*Ibidem*, p. 22-44).

⁵ Art. 1.º, *caput*, da CR: "A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito..."

⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 130.

⁷ O conceito de democracia é histórico, no sentido de se tratar de *um construído* que se contextualiza e aperfeiçoa. "A democracia é um processo de afirmação do povo e de garantia dos direitos fundamentais que o povo vai conquistando no decorrer da história." (*Idem*).

⁸ O *contrato* ou *pacto social* é a solução rousseauiana para o seguinte problema: "Encontrar uma forma de associação que defenda e proteja a pessoa e os bens de cada associado com toda a força comum, e pela qual cada um, unindo-se a todos, só obedece contudo a si mesmo, permanecendo assim tão livre quanto antes." (ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do Contrato Social*. Os Pensadores. São Paulo: Nova Cultural, 1991. p. 360). Rousseau em "O Contrato Social" (1762), Locke em o "Segundo Tratado sobre o Governo Civil" (1690), Pufendorf em "*Jus naturae et gentium*" (1672) e Hobbes em "Leviatã" (1651) são alguns dos pensadores que se debruçaram sobre as razões, os sentidos e as conseqüências de uma circunstância ideal à qual apuseram o nome de contrato social. Sustentaram que "a sociedade é, tão-só, o produto de um acordo de vontades, ou seja, de um contrato hipotético celebrado entre os homens, razão pela qual esses autores são classificados como *contratualistas*." (DALARI, Dalmo de Abreu, *Elementos de teoria geral do Estado*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 9).

do qual elegia bens e valores a serem juridicamente protegidos e realizados. Escolheu-se a *dignidade da pessoa humana*, especialmente relevante para este estudo, como um dos fundamentos da República⁹. Estruturou-se a República como *poder exercido por três órgãos independentes e harmônicos entre si*¹⁰; as funções legislativa, executiva e jurisdicional são exclusividades estatais.

Cabe ao ente estatal legislar – pense-se logo em matéria de direito penal – segundo o rito previamente estabelecido pela Constituição, e julgar – apenando os cidadãos que se provar serem culpados –, de modo a definitivamente pacificar os conflitos sociais. Entre a *lei penal prévia*, que tipifica o delito, e a *pena*, que ao cidadão culpado se aplica – atividades que são exclusivas do ente estatal –, faz-se imprescindível o *processo*. Despontam as normas de direito processual penal tanto como *direitos e garantias* constitucionais do cidadão, quanto como *instrumentos* de aplicação da força estatal frente às normas de direito penal, despidas que são de aplicabilidade imediata.

A República Federativa do Brasil, soberanamente instituída, recebera do povo, com legitimidade, o poder monopolizado de fazer uso da força física. Pelo *pacto social*, cada um dos cidadãos abre mão da vingança privada, ao voluntariamente *entregar* ao Estado, em nome da pacífica convivência em sociedade, *parcela* de sua liberdade.

Em contrapartida, limita-se o poder que ao Estado se outorga, com vistas ao seu legítimo exercício: emergem uma série de princípios (relativos à jurisdição, à ação e ao processo¹¹), dentre os quais o do *devido processo penal*. Há que existir, entre a imputação de um crime a um cidadão e sua condenação – da qual pode emergir a imposição legítima de coerção física – um procedimento previamente regulado, que obrigue o Estado a provar a

⁹ Inciso III do Art. 1.º da CR: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (III) - a dignidade da pessoa humana.”

¹⁰ Art. 2º da CR: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.”

¹¹ COUTINHO, Introdução aos..., *passim*.

culpa do cidadão, que lhe oportunize efetiva defesa (através de manifestações que contraditem tudo o que a ele se e imputa) e que presuma sua inocência. Trata-se de, através da garantia do *processo democrático*, promover a *dignidade* da pessoa humana.

2 DOS FUNDAMENTOS DO DIREITO AO SILÊNCIO

A problemática inicial consiste em se demonstrar logicamente a “razão de ser” do princípio pelo qual de cada cidadão brasileiro não se pode exigir a auto-incriminação¹² e, conseqüentemente, a razão da existência do direito ao silêncio.

Pode-se justificar o direito ao silêncio meramente pelo fato de constar positivado em nosso ordenamento jurídico. Ou ir mais a fundo, e perquirir sobre a justificativa de sua própria positivação em nosso ordenamento, o que, por sua vez, remete a razões de cunho político, filosófico e psicanalítico. A rigor, todas essas perspectivas compõem um emaranhado de extrema complexidade, cujo princípio reconhece-se ontologicamente indecifrável ao saber humano.

A Constituição da República de 1988 - eminentemente democrática e fundamentada no princípio da dignidade da pessoa humana - inaugura uma nova ordem, à qual o legislador constituinte preocupou-se em aparelhar com o direito de calar e de ser advertido, em tempo, da existência de tal prerrogativa.

O fundamento jurídico imediato do direito ao silêncio encontra-se no inciso LXIII, do artigo 5.º, da CR de 1988 e, mediatamente, nos princípios constitucionais do *devido processo legal* e da *presunção da inocência*, os quais, por sua vez, sustentam-se hoje nos princípios do Estado Democrático de Direito e da dignidade da pessoa humana.

Tal pricipiologia insere-se no estudo da evolução histórica das instituições político-jurídicas e processuais penais. São conquistas caras à humanidade, cujo alcance, para ser compreendido, reclama ao menos brevíssimo retrospecto espaço-temporal. Ressalve-se, a tempo, a intransponibilidade descontextualizada de recortes de usos e concepções; as construções jurídicas e sociais pregressas, se hipostasiadas, descaracterizam-

¹² Tal princípio remete às formulas sinônimas: *nemu tenetur se detegere*, *nemu tenetur detegere turpidunem suam*, *nemu tenetur se accusare*, *nemu tenetur edere contra se*, *nemu tenetur se ipsum procedere*, *nemu testis se ipsum*.

se. Tenha-se presente, por outro lado, que mesmo tomando todos os devidos cuidados, jamais se conseguirá apreender-lhes por completo¹³.

Para tratar da efetividade e das implicações concernentes ao direito ao silêncio de forma coesa e coerente é preciso, anteriormente, estudar seus fundamentos em perspectiva política e jurídica, além de tratar de alguns elementos fundamentais às perspectivas filosófica e psicanalítica, ainda que apenas indiretamente.

2.1 DOS FUNDAMENTOS POLÍTICOS

A fundamentação política do direito ao silêncio percebe-se pelo estudo da evolução histórica do instituto, o que remete ao tema das espécies de *sistemas processuais penais* – sistema inquisitório e sistema acusatório, respectivamente regidos pelos princípios inquisitivo e dispositivo¹⁴ – que se edificaram no ocidente ao longo dos séculos.

A mais límpida das lições não é outra senão a de COUTINHO¹⁵: “Por elementar, os diversos ramos do Direito podem ser organizados a partir de uma idéia básica de sistema: conjunto de temas colocados em relação por um princípio unificador, que formam um todo pretensamente orgânico, destinado a uma determinada finalidade.” Acompanhe-se-lhe na plenitude do raciocínio, ao tratar do *princípio* como um *motivo conceitual*, como um *mito*:

Não obstante, sempre se teve presente que há algo que as palavras não expressam; não conseguem dizer, isto é, há sempre um *antes do primeiro momento; um lugar que é, mas do qual nada se sabe, a não ser depois, quando a linguagem começa a fazer sentido*. Nesta parca dimensão, o *mito* pode ser tomado como a *palavra que é dita, para dar sentido, no lugar daquilo que, em sendo, não pode ser dito*. Daí o *big-bang* à física moderna; Deus à teologia; o *pai primevo* a Freud e à psicanálise; a *Grundnorm* a Kelsen e um mundo de juristas, só para ter-se alguns exemplos.¹⁶

¹³ FONSECA, Ricardo Marcelo. Walter Benjamin, a temporalidade e o direito. In: MUSSE, R. et alii. *A Escola de Frankfurt no Direito*. Curitiba: Edibej, 1999. p. 75-86. *passim*.

¹⁴ COUTINHO, Jacinto Nelson Miranda de. *Introdução aos...*, p. 165.

¹⁵ *Idem*.

¹⁶ *Ibidem*, p. 164. Reforce-se com SUANNES : “Assim se sente o homem: ele saiu de algo desconhecido e necessita de ter isso presente, ligando sua existência à existência desse

A doutrina elenca, tradicionalmente, uma série de critérios para lhes identificar. Entretanto, se os sopesar de igual para igual, o tecnicista pode sair ludibriado. O mais contundente dos exemplos remete ao Processo Napoleônico¹⁷, que exibia os dotes de ser um processo de partes, mas não passava de modelo essencialmente inquisitorial.

O menos manipulável dos critérios identificadores é o que se debruça sobre a análise de gestão da prova¹⁸: admitindo-se que o órgão julgador determine de ofício a produção de provas – mesmo que em caráter subsidiário e sob a justificativa retórica de que visa *A Verdade* –; restará caracterizado um sistema processual penal essencialmente inquisitório; atribuindo-se exclusivamente às partes a prerrogativa de produzir as provas do processo, mantendo o magistrado ou o corpo responsável pela sentença em posição passiva, tratar-se-á de um sistema acusatório. Noutras palavras: cumulando-se na mesma figura as funções investigativa (colheita de provas), indiciativa (decisão favorável ao julgamento) e decisória (julgamento), há que se preparar para lidar com um sistema inquisitório; separando-se aquelas atribuições de forma a haver uma figura “imparcial”, responsável por fiscalizar a produção de provas, garantida tanto à acusação quanto à defesa, de forma que uma possa a outra contradizer, como todo o gosto se iniciará a transitar em um sistema acusatório.

Hodiernamente já não existem ordenamentos jurídicos de matiz absolutamente inquisitória ou acusatória; é possível, entretanto, identificar a *essência* do sistema em questão. Inviável é a constituição de um sistema misto, eis que logicamente insustentável a idéia de princípio impuro, mitigado¹⁹.

Raras são as enunciações expressas do direito ao silêncio anteriores a 1789, quando dele cuidou a *Declaração dos Direitos do Homem e do*

algo inefável que ele tenta simbolizar com nomes”. (SUANNES, Adauto Alonso S. *Os fundamentos éticos do devido processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 41).

¹⁷ Vide, *infra*, Capítulo 2.1.5.

¹⁸ *Ibidem*, p. 165.

¹⁹ *Ibidem*, p. 166.

*Cidadão*²⁰. Sustenta-se, porém, o seu resguardo por esse ou aquele ordenamento ao apreciar *se e como* (em que termos) vigiam os princípios da dignidade da pessoa humana, da presunção da inocência, do devido processo legal e o privilégio da não auto-incriminação, o que, em última análise, é perquirir da índole ontológica (dispositiva ou inquisitória) do sistema²¹. Dessa forma, ao analisar os ordenamentos jurídicos que se seguem, será perceptível o respeito amplo ao silêncio como uma das formas de manifestação dos sistemas processuais essencialmente acusatórios.

Compõe indiretamente a análise da gestão da prova a questão dos meios admitidos como tal. A admissão ou a prática da tortura (como meio de prova que obriga à confissão), denuncia, por excelência, a matriz inquisitória de um sistema. De outra parte, a exigência de que a acusação aponte, por si, provas da autoria do delito, partindo-se do princípio de que todos são inocentes, indica estar a transitar em lógica dispositiva²².

Exemplifica-se. Se um dado ordenamento utiliza-se dos tormentos com objetivo de obter a confissão do *sujeitado*, evidente que não privilegia o princípio da inexigibilidade de auto-incriminação. Por outro lado, um sistema que não faz menção à possibilidade do uso de torturas nem exige ou supervaloriza a confissão, admitindo outros meios probatórios e em certos casos até

²⁰ O *privilege against self-incrimination*, como se conhece o *nemo tenetur se detegere* no sistema inglês, foi solenemente afirmado pelo Estatuto de Carlos I em 1641 e pelo *Criminal Evidence Act* em 1898. (MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; MORAES, Maurício Zanoide. *Op. cit.*, p. 134).

²¹ Com ANDRADE: "O princípio *nemo tenetur se ipsum accusare* ganha, assim, o significado de decisiva pedra de toque, imprimindo caráter e extremando entre si os modelos concretos de estrutura processual. Bem podendo, por isso, figurar como critério seguro de demarcação de fronteira entre o processo de estrutura acusatória e as manifestações de processo inquisitório [mesmo as mais recentes legislações processuais penais, quer nacional-socialista, quer dos estados socialistas, cf. o autor na seqüência do raciocínio]. Não devendo, pois, estranhar-se que as grandes linhas de clivagem e de afrontamento que marcaram a evolução histórica das instituições processuais penais se tenham invariavelmente repercutido neste tópico." (ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Coimbra: Coimbra editora, 1992, p. 122).

²² PEREIRA, Gisele Mendes. *O silêncio do acusado no processo penal brasileiro*. Curitiba, 2001. 211 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná. p. 7, *et seq.*

exigindo o depoimento pessoal de terceiros²³, muito provavelmente preserva o princípio da inexigibilidade de auto-incriminação. Ora, em que pese não explicitar o direito ao silêncio, racionalmente infere-se ser respeitado em não exigindo que o acusado produza provas contra si. Daí a relação direta e proporcional entre a inexigibilidade da auto-incriminação e o direito ao silêncio.

Tem pertinência notar, ao estudar os momentos históricos a seguir relacionados, as peculiaridades que assumiam os organismos sociais ao resolverem seus conflitos internos, típicos da vida em sociedade. Nem sempre coube *exclusivamente* àquele que exerce o poder a tarefa de *dizer o direito*. Reiteradas vezes tal tarefa foi exercida de maneira arbitrária. Fato é que, em certo momento, instaurada a jurisdição estatal de forma monopolizada, seus destinatários passam a exigir, em contra-partida, um determinado modelo de processo. As formas pelas quais relacionaram-se *jurisdição* e *processo* ao longo dos tempos são capazes de bem demonstrar o tratamento que é dado ao direito ao silêncio, pois seu estudo perpassa igualmente pela perquirição da concepção de resposta aos casos penais que se configurava.²⁴

2.1.1 O Direito ao Silêncio na Antigüidade

Em *Ensaio Sobre a Tortura*, Pietro Verri estuda minuciosamente o tema. Em mente a incompatibilidade entre tortura e direito ao silêncio, apraz observar: "(...) é provável que a tortura seja tão antiga quão antigo é o sentimento do homem de dominar despoticamente outro homem, quão antigo é o caso de que nem sempre o poder vem acompanhado pelas luzes e pela

²³ Tal é o caso da Bíblia Sagrada: "Assim, a necessidade da prova testemunhal corroborada pela omissão acerca da imperiosidade da confissão do acusado, permite deduzir acerca de sua não obrigatoriedade, possibilitando visualizar na Bíblia o cerne do privilégio contra a auto-incriminação". (*Ibidem*, p. 9).

²⁴ LOPES, José Reinaldo de Lima. Uma introdução à história social e política do processo. In: WOLKMER, Antonio Carlos (Coord.). *Fundamentos de história do direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p. 247-279.

virtude, e quão antigo é o instinto, no homem armado de força prepotente, de estender suas ações segundo a medida antes do poderio do que da razão”²⁵.

Avance-se pelo transcurso dos tempos para registrar a incompatibilidade entre a tortura e os preceitos bíblicos²⁶ e hebreus²⁷, do que se extrai a afirmação, por esses povos, do privilégio contra a auto-incriminação.

O Código de Hamurabi²⁸ não impunha ao acusado confissão, tampouco previa a tortura. Entretanto, coagia moralmente à auto-incriminação através do juramento. Com PEREIRA²⁹: “Na ausência de provas tais como o flagrante, documentos ou testemunhas, o acusado poderia fazer um juramento em nome de Deus e apresentar suas versões dos fatos como uma forma de defender-se, conforme determinam seus parágrafos 20, 103, 131, 206, 227, 249 e 281”³⁰.

²⁵ VERRI, Pietro. *Observações sobre a tortura*. São Paulo: Martins Fontes, 1992. p. 100.

²⁶ “No texto sagrado não há nenhuma a menção à tortura e, pelo contrário, ao se prescreverem as práticas a serem empregadas com os réus, toma-se o caminho da prova a partir das testemunhas, e não se exige a confissão do réu.” (*Idem*).

²⁷ “Tal foi a legislação penal do povo hebreu, em que o crime era provado por testemunhas e a contradição entre o acusador e o réu era resolvida com um exame extremamente diligente dos juizes, e nunca com as dores da tortura.” (*Ibidem*, p. 102)

²⁸ De acordo com SUANNES, estudos recentes informam que o Código do rei Hamurabi regeu a Babilônia de 1728 a.C. a 1686 a.C. , “considerado o mais antigo corpo uniforme de leis escritas” (*Ibidem*, p. 39).

²⁹ PEREIRA, Gisele Mendes, *op. cit.*, p. 10.

³⁰ Art. 20. Se o escravo foge àquele que o apreendeu, este deve jurar em nome de Deus ao dono do escravo e ir livre. Art. 103. Se, durante a viagem, o inimigo lhe leva alguma coisa do que ele conduz consigo, o comissionário deverá jurar em nome de Deus e ir livre. Art. 131. Se a mulher de um homem livre é acusada pelo próprio marido, mas não surpreendida em contato com outro, ela deverá jurar em nome de Deus e voltar à sua casa. Art. 206. Se alguém bate em outro em rixa e lhe faz uma ferida, ele deverá jurar : ‘eu não o bati de propósito’, e pagar o médico. Art. 227. Se alguém engana um tosquiador e o faz imprimir a marca de um escravo inalienável, se deverá matá-lo e sepultá-lo em sua casa. O tosquiador deverá jurar : ‘eu não o assinaliei de propósito’, e irá livre. Art. 249. Se alguém aluga um boi e Deus o fere e ele morre, o locatário deverá jurar em nome de Deus e ir livre. Art. 281. Se são nascidos em outro país, o comprador deverá declarar perante Deus o preço que ele pagou e o proprietário deverá dar ao negociante o dinheiro pago e receber o escravo ou a escrava.

Quanto às sociedades grega e romana (esta durante a República³¹), não se admitia a prática de tormentos; a regra, todavia, aplicava-se apenas aos *cidadãos*³².

Especificamente no que concerne à auto-incriminação em Grécia, tem-se que era admitida por conta da necessidade de o réu jurar antes de depor, quando de seu julgamento. Igualmente, as testemunhas eram obrigadas a dizer a verdade, sob juramento³³.

Alongue-se um tantinho mais ao apreciar a questão pelo Direito Romano: é preciso distingui-lo conforme as fases políticas de sua história. A generalização do uso da tortura atribui-se à corrupção do sistema romano originário,³⁴ em razão, quiçá, da certeza de que a divindade protegeria o inocente dos males terrenos, dentre os quais, os suplícios físicos³⁵.

Entre os séculos 753 a.C a 509 a.C Roma viveu o seu *período monárquico*, do qual pouquíssimo é possível afirmar. Sabe-se que ao Rei era dado o julgamento de infrações criminais, sendo que os delegou paulatinamente a auxiliares. Ademais, vislumbra-se a possibilidade de *reclamar* (não propriamente recorrer) ao povo contra *certas* decisões proferidas³⁶. O modelo da *cognitio* já se fazia presente, embora apenas melhor contornado quando do período republicano³⁷. Conforme MENDES DE ALMEIDA³⁸, pela *cognitio* atribuía-se, originariamente, “amplos poderes discricionários ao magistrado na pesquisa da verdade criminal”. A *cognitio*

³¹ Emílio Fervetti: “não encontrarás antes do império de Diocleciano e Maximiano nenhuma tortura aplicada a um homem livre” (FEVETTI, Emílio, *apud* VERRI, *op. cit.*, p. 108).

³² “Entre os gregos, assim como entre os romanos [durante a República], desconhecia-se o uso da tortura contra os homens. (...) A tortura era empregada contra os servos, ou seja, os escravos, mas não contra os cidadãos e homens.” (VERRI, Pietro, *op. cit.*, p. 103). Quando da *tiranía* romana, apenas “pessoas de nascimento, dignidade ou serviços militares” eram poupadas. (*Ibidem*, p. 104).

³³ PEREIRA, Gisele Mendes, *op. cit.*, p. 10.

³⁴ VERRI, Pietro. *Op. Cit.*, p. 106.

³⁵ “A introdução metódica a tortura, que ocorreu após o século XI, talvez se origine no mesmo princípio que levou a instituir os julgamentos de Deus (...) acreditava-se que o Ser eterno não haveria de tolerar que a inocência fosse opressão, e inclusive subtrairia à dor e a qualquer dano.” (VERRI, Pietro. *Op. Cit.*, p. 109).

³⁶ ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. *O processo criminal brasileiro*. 4. ed. v.1 São Paulo: Freitas Bastos S/A, 1959, v.1, p. 27-8.

³⁷ BARREIROS, José Antônio. *Processo Penal*. Coimbra: Almedina, 1981, p. 16.

³⁸ MENDES DE ALMEIDA, Joaquim Canuto. *Princípios Fundamentais do Processo Penal*. Revista dos Tribunais. São Paulo. 1973, p. 47.

apresenta-se incompatível com a inexigibilidade de auto-acusação porque, em havendo a *notitia criminis*, independente de acusação, o próprio magistrado investigava e julgava, sendo que suas decisões se mostravam freqüentemente arbitrárias, dada a inexistência de garantias ao acusado³⁹.

De 509 a 27 a.C o poder político de Roma concentrou-se na figuras do Senado e do Povo, delegando-se eventualmente a jurisdição criminal aos cônsules⁴⁰. Era tempo da *República Romana*, durante a qual, justo no ano de 509 a. C., viera a lume a *Lex Valeria de provocatione*, pela qual cabia pedir ao povo a anulação da sentença proferida como resultado da *inquisitio*⁴¹. A *inquisitio* consistia na fase instrutória em que o pretor disponibilizava ao acusador uma comissão (*legem*), para que procedesse a todas as investigações, sendo atribuição da comissão apenar os que se recusassem a colaborar; o acusado gozava do direito de lhes fiscalizar, além de interrogar e contraditar as testemunhas⁴².

Dessa decisão fundamentada pela *inquisitio*, a *Lex Valeria de provocatione* permitia que o réu apelasse ao povo reunido em assembléia (*provocatio ad populum*), do que decorreria um novo julgamento no qual o magistrado, de cuja condenação se recorreu, passava a atuar na qualidade de acusador. A ele incumbia apresentar os elementos bastantes à condenação, procedendo a *anquisitio*⁴³. Em caso de confirmação da acusação pelo povo – o que se dava através da fórmula *Uti rogas* – o acusado estava condenado. Em princípio era condenado pela pena proposta em *anquisitio*, modificada apenas excepcionalmente⁴⁴.

Uma efetiva separação entre as funções de acusar e julgar operou-se, porém, apenas durante os últimos séculos da República. Com efeito, a *accusatio* fincava um novo marco para o direito romano: “O Estado passou a

³⁹ PEREIRA, Gisele. Mendes. *Op. cit.*, 11.

⁴⁰ ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. *Op. cit.*, p.28.

⁴¹ MENDES DE ALMEIDA, Joaquim Canuto. *Op. cit.*, p. 47 e BARRERIOS, José Antônio. *Op. cit.*, p. 17.

⁴² ALMEIDA JÚNIOR João Mendes de. *Op. cit.*, p. 32-33

⁴³ MENDES DE ALMEIDA, Joaquim Canuto. *Op. cit.* p. 47; ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. *Op. cit.* p. 28; e BARREIROS, José Antônio. *Op. cit.*, p. 17.

⁴⁴ ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. *Op. cit.*, p. 28.

ser representado por um só órgão, o juiz, limitado à função jurisdicional escrita; e a ação penal passou a ser promovida por um representante voluntário da coletividade, o acusador.⁴⁵

Mais a diante, aquele magistrado singular transmutaria-se em colegiado para alguns crimes. Os julgamentos seriam proferidos por comissões – denominadas *quaestiones* – as quais, posteriormente, generalizaram-se na forma de *quaestiones perpetuae*⁴⁶. O acusador indicava cem dos membros que comporiam as *quaestiones*, enquanto ao acusado era permitido indicar, desproporcionalmente, apenas cinqüenta; em ambos os casos, dentre os quatrocentos e cinqüenta cidadãos pré-selecionados. O fato e as circunstâncias eram expostos (primeiro pelo acusador, depois pelo acusado ou defensor); as três espécies de provas admitidas (escritos, testemunhos e tormentos) eram produzidas; as teses eram sustentadas (oralmente em sessões públicas)⁴⁷. Aquele desequilíbrio na composição das *quaestiones* não passa despercebido por PEREIRA,⁴⁸ que parte dali para repensar a conclusão de BARREIROS⁴⁹ de que haveria um sistema acusatório puro em Roma.

Entre 27 a.C e 476 d. C tem-se o *período imperial*, marcado pelo início e auge da decadência romana. A tarefa de administrar o tão vasto território conquistado era das mais trabalhosas e acaba por fugir ao controle. Avultam-se os casos de corrupção, desperdiça-se o dinheiro público, retraem-se a produção agrícola e a arrecadação de impostos; enfim, generaliza-se uma profunda crise social, da qual destaca-se um aumento abrupto da criminalidade. Na ilusão de que poderia ser contido através de uma instrução

⁴⁵ MENDES DE ALMEIDA, Joaquim Canuto. *Op. cit.* p. 47. No mesmo sentido: ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. *Op. cit.*, p. 29 e BARREIROS, José Antônio. *Op. cit.*, p. 18.

⁴⁶ “O crescimento do número de causas e a dificuldade de processar causas complicadas perante as grandes assembléias, tudo isso exigia a delegação da jurisdição a tribunais ou juizes em comissão, comissões estas denominadas *quaestiones*, criadas a princípio temporariamente, à medida que os crimes eram cometidos, e mais tarde criadas com um caráter permanente, para distribuírem entre si os processos e julgamentos dos crimes públicos.” (ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. *Op. cit.*, p. 30). Veja-se também BARREIROS, José Antônio. *Op. cit.*, p. 18).

⁴⁷ ALMEIDA JÚNIOR, *op. cit.*, p. 34-5 e BARREIROS, *op. cit.*, p. 18-9.

⁴⁸ PEREIRA, *op. cit.*, p. 13.

⁴⁹ BARREIROS, *op. cit.*, p. 19.

criminal instaurada e executada de ofício, generaliza-se a *cognitio extra ordinem*⁵⁰. Existente desde a República, era restrita a casos excepcionais de forma a elevar-se, agora, à regra. O *compromisso cívico* acusatório, outrora assumido pela sociedade romana, definhava perante a desestabilização das suas antigas referências morais. Em contrapartida, uma polícia oficial de funções sempre e sempre mais judiciárias estruturou-se de modo altamente centralizado⁵¹. Procedia a instruções e julgamentos – via de regra secretos, escritos e não contraditórios – em que pese continuar a agir formalmente em nome do povo, do que emanava uma credibilidade retórica, porém em certa medida convincente⁵². Durante o *Baixo Império* a tortura (*quaestio*⁵³) banalizou-se – a ponto de aplicar-se não só aos réus que escravos não eram quanto às testemunhas falsas ou reticentes⁵⁴ – e a *cognitio extra ordinem* tornou-se regra, infirmando a possibilidade de se calar. Conclui-se com PEREIRA⁵⁵: “No que concerne ao privilégio contra a auto-incriminação, apesar de haver indícios de sua observação durante o período republicano, percebe-se claramente que ele foi sacrificado durante o Baixo Império, haja vista o retorno do emprego da tortura, instituto que, por motivos óbvios, nega o direito do acusado de se calar.”

⁵⁰ “Consistia num procedimento paralelo ao processo formular, uma jurisdição extraordinária, inicialmente de caráter administrativo, exercida pela burocracia imperial em Roma e nas províncias. Ao contrário da jurisdição ordinária, dos pretores, nela havia a possibilidade de apelo ao imperador, pois as decisões dos *funcionários* eram feitas por delegação do poder imperial, e a este competia rever os atos de seus delegados. (...) Ouvindo a súplica das partes insatisfeitas, o imperador dava-se progressivamente o poder de rever o processo.” (LOPES, *op. cit.*, p. 251-2).

⁵¹ MENDES DE ALMEIDA, *op. cit.*, p. 48; ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de, *op. cit.*, p. 39. *et seq.*

⁵² ALMEIDA JÚNIOR, *op. cit.* p. 38 *et seq.*

⁵³ Com VERRI: “A *quaestio* é a busca da verdade por meio do tormento, ou seja, a tortura, e a tortura por sua vez pode ser denominada *quaestio*, do latim *quaerere*, buscar, pois o juiz, pela tortura, busca a verdade.” (VERRI, *op. cit.*, p. 77).

⁵⁴ BARREIROS, *op. cit.*, p. 19.

⁵⁵ PEREIRA, *op. cit.*, p. 14.

2.1.2 O Direito ao Silêncio no Medieval Continental Ocidental

No século V, os povos bárbaros – que em seguida à queda do Império Romano do Ocidente dominaram a região⁵⁶ – mesclaram⁵⁷ suas tradições de cunho eminentemente moral⁵⁸ aos resquícios das infinitamente corrompidas instituições romanas. A típica crueldade de suas penas – dentre as quais os tormentos já se enquadravam – identificou-se com a *quaestio* romana, à qual ordinariamente se recorreria como espécie probatória nos casos de crimes capitais⁵⁹. As provas admitidas formavam um sistema e eram de três categorias: a dos tormentos, a dos testemunhos (de fraco valor) e a dos Juízos de Deus (largamente utilizados)⁶⁰, sendo estes especializados de acordo com o grupo social ao qual se destinavam⁶¹ (juravam os mais abastados, duelavam os cavaleiros, ou quem os pudesse contratar, e às variadas formas de ordálias submetiam-se a maioria das pessoas, desprovidas que estavam de títulos, posses e especiais habilidades). Objetivava-se ora a confissão, profundamente considerada, ora o desvelamento divino, que se manifestava na cura das

⁵⁶ “No século IV, no fim da Antiguidade, o Império Romano divide-se em dois impérios: o Império do Ocidente (Roma) e o Império do Oriente (Constantinopla = Bizâncio = Istambul). (...) A Norte e a Leste destes rios [Reno e Danúbio] encontram-se povos germânicos e eslavos, ainda mais ou menos nómadas. Sob a pressão dos povos vindos da Ásia Central, aqueles povos germânicos deslocam-se para Ocidente; os Germanos penetram na órbita do Império Romano a partir do século II; no século V, invadem o Império do Ocidente que desaparece; estabelecem-se aí reinos germânicos. / Império do Oriente – ou Império Bizantino – resiste no entanto a estas pressões; o direito romano sobrevive aí, enquanto direito bizantino. No Império Romano, um (sic) religião nova, pregada por Cristo e pelos seus discípulos no século I, impôs-se no século IV; o Império torna-se cristão. Um sistema jurídico próprio da comunidade dos cristãos, o direito canônico, desenvolve-se à margem do direito romano, sem o absorver; instala-se um sistema dualista – direito laico e direito religioso – que se vai manter até o século XX.”. (GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. 2 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995, p. 127).

⁵⁷ “Nos territórios do antigo Império Romano do Ocidente (...) formaram-se reinos de origem germânica: (...). O direito romano continua aí a ser aplicado às populações de origem romana, enquanto os invasores continuam a viver segundo o seu direito de origem germânica (direito visigótico, franco, Lombardo, etc); a amálgama faz-se lentamente, do século V ao VIII. Outros direitos germânicos mantêm-se fora da esfera de influência romana”: o anglo, o saxão, o escandinavo (normandos, vikings) e eslavos. (*Ibidem*, p. 128).

⁵⁸ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. In: *Direito alternativo: seminário nacional sobre o uso alternativo do direito*. Rio de Janeiro, jun, 1993, p. 37.

⁵⁹ ALMEIDA JUNIOR, *op. cit.*, p. 136 e GILISSEN, *op. cit.*, 715-716.

⁶⁰ GILISSEN, *idem*.

⁶¹ GILISSEN, *idem* e COUTINHO, *O papel...*, p. 37.

feridas causadas pelas ordálias, pela capacidade do torturado resistir à dor, ou mesmo pelo destino do desfecho dos duelos.

Essa sistemática urge absolutamente incompatível com o privilégio da não auto-incriminação. Não haveria sentido “poupar” o réu de qualquer sorte de exame em razão de gozar da proteção e do juízo divino. Com astúcia é que se recorria a tais meios de prova: eles permitem enfrentar toda dúvida sem temores, sob o argumento da divina infalibilidade. Eram manipulados⁶² sob a guarda da tese “imaculada” de serem respostas verdadeiras, eis que dependentes do acaso ou da natureza, ambas ordens controladas por Deus⁶³.

O caráter inquisitorial dessa construção jurídica estava fadado a prevalecer: foi encampado pela Igreja Católica, novo centro de poder físico e intelectual, que o incorporou ao Direito Canônico original⁶⁴.

Sintomático que perante ruptura de tão alta monta, bem demarcada pelo domínio bárbaro, as pessoas tenham se agarrado, com afinco e sem titubear, à única instituição de poder que se mantinha rija e organizada. Os laços de índole religiosa ostentavam firmeza, nem que fosse através de uma lógica distorcida, a qual, ameaçando, paradoxalmente confortava. A Igreja Católica impõe-se com a força e com a influência decorrente de seu direito próprio.

Em meio à desorganização administrativa, econômica e social produzida pelas invasões germânicas e ao esfacelamento do Império Romano, praticamente apenas a Igreja Católica, com sede em Roma, conseguiu manter-se enquanto instituição religiosa. Consolidando sua estrutura religiosa, a Igreja foi difundindo o cristianismo entre os povos bárbaros enquanto preservava muitos elementos da cultura greco-romana.⁶⁵

⁶² Imprescindível fazer referência aos dados trazidos por CORDERO sobre os resultados dos casos em que se utilizaram das ordálias em busca da prova da verdade. Entre os anos de 1208 e 1235, 76 pessoas submetidas às ordálias não tiveram seus ferimentos curados, em oposição à 130 outras pessoas cujos ferimentos foram tidos por cicatrizados. A prova ordálica ostenta uma infalibilidade tal que acaba por se comprovar retórica por aqueles números, na medida em que demonstram que ela também não escapa à interpretação humana. (CORDERO, *Franco. Guida alla procedura penale. Torino: Utet, 1986.* p. 40).

⁶³ PEREIRA, *op cit.*, p. 16.

⁶⁴ “O direito canônico é um direito religioso, como são o direito hebraico, o direito hindu e o direito muçulmano. Ele retira, como esses três outros sistemas jurídicos, as suas regras dos preceitos divinos, revelados nos livros sagrados: o Antigo e o Novo Testamento.” (GILISSEN, *op cit.*, p. 135).

⁶⁵ COTRIM, Gilberto. *Historia Geral.* São Paulo: Saraiva, 1998. p. 99 e Barreiros, *op cit.*, p. 29.

A jurisdição eclesiástica foi semiclandestina sob o Império Romano; aos cristãos cabia evitar a submissão aos juizes romanos não cristãos e procurar o direito canônico. Em 313, porém, Constantino permitiu que as partes buscassem voluntariamente o julgamento episcopal, ao qual ele passava a conferir valor equivalente ao de um julgamento temporal⁶⁶. Aplicado no início apenas aos seus fiéis, foi se estendendo aos leigos através das competências *ex ratione materiae, personae, loci*⁶⁷ cujo clímax data dos séculos X a XIV⁶⁸.

Apenas em 1199, porém, através da *Bula Vergentis in senium* do Papa Inocêncio III – que equiparou a heresia aos crimes de lesa-majestade –, considerou-se a Justiça Eclesiástica juridicamente dotada de fundamento para aplicar a pena capital da Jurisdição Comum. Desde a aliança celebrada⁶⁹ entre o Papa Lúcio III e o Imperador Frederico Barbaruiva, ambas as jurisdições iniciaram a se confundir. Em 1184 o Imperador incumbiu os bispos de indicar os fiéis das suas paróquias que julgassem suspeitos de *catarismo*, sendo que os casos tidos por graves deveriam ser remetidos à justiça comum, a qual, por sua vez, contava com a aplicabilidade da pena de morte⁷⁰. Ora, se a Igreja passa a entender os crimes contra o Império como infrações à religião, esses também equivalem-se àqueles; se aos crimes de lesa-magestade cabe pena de morte, ela também às heresias. Poderia parecer anti-cristão, mas a fundamentação jurídica como que exorcizava a (i)responsabilidade dos portadores da palavra de Deus, exculpado o temor dos ingênuos e acomodando as consciências dos sagazes.

⁶⁶ Gilissen, *op cit.*, p.139.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 139-140.

⁶⁸ LOPES, *op cit.*, p. 235.

⁶⁹ O motivo era a existência de um inimigo comum; trata-se do movimento denominado *Catarismo* – consistia em uma espécie de religião que não admitia qualquer tipo de intermediação entre o homem e Deus e rejeitava todos os sacramentos; cultivada em um território estratégico, que se estendia pela zona chamada Occitania, atual Languedoc, em uma extensão fronteira com Toulouse, até o oeste, nos Pirineus, até o sul, e no Mediterrâneo, até o leste –, portanto considerado ameaça tanto religiosa, quanto política. A resposta foi uma sangrentíssima cruzada, considerada a primeira delas, à qual os cátaros resistiram brava e intensamente.

⁷⁰ BARREIROS, *op. cit.*, p. 29, *et seq.*

Para controlar a gestão da prova com mais facilidade, o processo penal canônico precisou abolir os Juízos de Deus⁷¹ – tarefa essa que coube ao IV Concílio de Latrão, datado de 1215, ao proibir a participação ou sequer a prestigiosa presença dos clérigos, como testemunhas, em processos os quais se utilizassem juízos de Deus –, cuja racionalidade platônica tornava mais trabalhoso todo o empenho de burla, e institucionalizar a *investigação*, que tinha como principal meio de prova os depoimentos, os relatos orais (tanto dos acusados⁷², quanto de testemunhas)⁷³. O controle da gestão da prova era mais simples com uma organização social estamentada e com o modo de produção que se instaurava paulatinamente; eram tempos de glórias feudais⁷⁴ contrapostas ao desprestígio do reinado bárbaro. Há ainda outro fator a se considerar: chegar ao resultado desejado tornou-se por demais simplista desde a admissibilidade da tortura⁷⁵ como meio investigativo pelo direito canônico. Nesse cenário, não há lugar⁷⁶ para a inexigibilidade da auto-incriminação.

A essa altura já se tem bem contornado o processo inquisitorial comum, ou seja, já não se restringe às infrações religiosas (incluindo o lesa-majestade) mas compreende todos os delitos⁷⁷. Espalhou-se então pela Europa⁷⁸, com

⁷¹ LOPES, *op. cit.*, p. 259. Complete-se com SUANNES para consignar que foram as reformas do Papa Inocêncio III (1198-1216) que eliminaram as ordálias e marcaram a opção pelo método inquisitorial, o qual consistia, basicamente, em uma espécie de auto-incriminação sob juramento, sendo que, se o réu se recusava a prestar juramento, justificava-se a tortura à busca pela verdade. SUANNES, *op. cit.*, p. 85.

⁷² Houve, desde a equiparação entre crime e pecado, superavaliação da confissão porque (a) aliviava a consciência dos inquisidores, (b) satisfazia os reclames populares e (c) colocava-se no topo do tarifamento probatório (para, retoricamente, controlar os inquisidores e os salvar da fúria de suas próprias verdades).

⁷³ LOPES, *op. cit.*, p. 259.

⁷⁴ “Durante dois a três séculos – fim do século IX ao século XII – o direito feudal domina na Europa Ocidental; ele não desaparecerá definitivamente senão nos fins do século XVIII em França e na Bélgica, e, quanto à Alemanha, no século XIX.” (GILISSEN, *op. cit.*, p.128).

⁷⁵ Trata-se da *Constitutio Excomuniamus* (1231) do Papa Gregório IX, ratificada (em 1252) pela *Bula Ad extirpanda* do Papa Inocencio IV. (BARREIROS, *op. cit.*, p. 30 *et seq.*)

⁷⁶ VERRI, *op. cit.*, p. 107.

⁷⁷ ALMEIDA JÚNIOR, *op. cit.*, p. 81.

⁷⁸ Por demais influiria, mais tarde, também na América Latina, eis que Espanha e Portugal aplicavam o processo de matiz inquisitorial às suas colônias. (BARREIROS, *op. cit.*, p. 38).

exceção da Inglaterra que há tanto já se estruturava em prática processual de outra natureza.

Cuide-se para não ignorar o florescimento intelectual que, por certo, ocorrera também durante a *Idade das Trevas*, assim desajeitadamente denominada. “Os monges, em seus mosteiros, preservaram muito dos conhecimentos e da literatura dos romanos, estudaram os textos antigos e dedicaram-se ao estudo das artes e da Filosofia.”⁷⁹

Com desastroso atraso foi que a Igreja Católica percebeu estar a insistir, inexitosamente, em métodos por demais rasos para lidar com os inalcançáveis deslindes do desejo⁸⁰. Já não podia resistir empavidamente às cores e texturas da vida que se iniciava dentro dos burgos; era hora de reconhecer a valentia do inimigo e a ele se aliar, alterando estratégias e compatibilizando os entendimentos acerca de razão e fé através da Escolástica⁸¹, notadamente. Os incentivos da cúpula da Igreja Católica acabaram prevalecendo, mesmo que tardiamente.

Segundo a teologia agostiniana, a natureza humana é, por essência, corrompida, estando na fé em Deus a remissão e a salvação eterna. (...) Essa visão pessimista em relação à natureza humana foi substituída na Baixa Idade Média por uma concepção mais otimista e empreendedora do homem, com a filosofia escolástica, que procurou harmonizar razão e fé, partindo do pressuposto de que o progresso do ser humano não dependia apenas da vontade divina, mas do esforço do próprio homem. Essa atitude refletia uma tendência à valorização dos atributos racionais do homem, não devendo existir conflito entre fé e razão, pois ambas utilizavam o homem na busca do conhecimento.⁸²

No mesmo sentido:

A essência da filosofia tomista era realizar uma síntese universal, um sistema baseado na harmonia e na coincidência. Todo o conhecimento humano forma uma só peça: as ciências particulares permitem um conhecimento amplo, porem especializado; acima delas,

⁷⁹ SAOZA, Osvaldo R. de. *Historia Antiga e Medieval*. 24. ed. São Paulo: Ática, p. 150.

⁸⁰ COUTINHO, *O papel...*, p. 37.

⁸¹ “O sistema filosófico de maior importância no Período Medieval foi a escolástica. Os filósofos escolásticos não acreditavam que a verdade pudesse ser atingida pela percepção sensorial. Eram racionalistas e não empíricos, ou seja, baseavam-se na lógica em detrimento da experiência.” (COSTA, Luiz César. *Historia Antiga e Medieval*, p. 308). “A filosofia medieval se desenvolveu, sob influência dos intelectuais muçulmanos, introdutores dos métodos de raciocínio grego. A Escolástica era uma filosofia aplicada à Teologia. Tomás de Aquino, seu maior representante, resumiu em *Suma Teológica* todas as idéias da Idade Média: era um manual para todos os seminários católicos.” (ARRUDA, J.J. *Toda a Historia*. São Paulo: Ática, p. 116).

⁸² VICENTINO, Cláudio. *Historia Geral*. São Paulo: Scipione, 1991, p. 96.

está a filosofia, uma disciplina racional cuja função é formular os princípios universais; e, acima da razão, encontra-se a teologia cristã, baseada na revelação. / Contudo, colocar a revelação acima da razão não significa que ambas sejam contrárias. A fé é a realização plena da razão e ambas buscam o mesmo propósito – o conhecimento.⁸³

2.1.3 O Direito ao Silêncio no Medievo Ocidental Insular

É em Inglaterra que se constrói efetivamente um sistema processual penal acusatório, pelos motivos e através dos passos que a seguir se recordam. O cerne está em se perceber a historia política inglesa como a de sucessivas concessões para equilibrar o embate travado entre reis e barões, entre o direito dos que dominaram e o direito local, dos dominados.

Em 1066, quando o Duque Guilherme da Normandia (Guilherme I), liderando barões franceses, invade e conquista o território saxão⁸⁴, toda a terra passa a ser tida por régia – em que pese outorgadas cartas de franquia para evitar rupturas desencadeadas pelas disputas entre reis e barões –, instaurando-se o feudalismo na região⁸⁵.

Apenas com Henrique II (1154-1189), porém, principia-se a estruturação de um modelo jurídico capaz de conciliar o direito material local, dos barões regionais, dos povos saxões originais, com a sede de poder dos barões normandos e franceses. Trata-se do início do *common law*⁸⁶, em que o rei utilizava sua força para aplicar o direito *material* vigente em cada um dos feudos através de um *processo* único, aplicável a todos os súditos. Henrique II percebeu habilidosamente que podia manter-se no poder e evitar rebeliões dos senhores locais com mais segurança, se cedesse na aplicação do direito

⁸³ INÁCIO, Inês e LUCA, Tânia Regina. *O Pensamento Medieval*. São Paulo: Ática, 1983, p. 49.

⁸⁴ “Em 1066, Guilherme, duque da Normandia, conquista a Inglaterra com a sua vitória na batalha de Hastings. Declarando querer manter os direitos anglo-saxônicos, importa o feudalismo; mas de facto, os seus sucessores conseguem manter e desenvolver a autoridade real, tanto face aos seus vassallos de origem normanda como aos antigos chefes anglo-saxônicos.” (GILISSEN, *op. cit.*, p. 209).

⁸⁵ LOPES, *op. cit.*, p. 254.

⁸⁶ “A expressão *common law* é utilizada desde o século XIII para designar o direito comum da Inglaterra, por oposição aos costumes locais, próprios de cada região; (...) é um *judge-made-law*, um direito jurisprudencial, elaborado pelos juizes reais e mantido graças à autoridade reconhecida aos precedentes judiciais.” (GILISSEN, *op. cit.*, p. 208).

material, que era o do costume da região, controlando e unificando o reino através do direito processual⁸⁷.

Para tanto, utilizou, dentre outros, os *writs*, os juízes itinerantes e o júri. Os *writs* eram ordens emanadas do rei (ou pelo Lord Chanceler, em nome do rei, por delegação) às “autoridades locais ou inferiores para procederem a um julgamento ou à oitiva de uma parte que se julgava lesada em algum direito, ou à imediata restituição do queixoso à sua posse anterior”⁸⁸. Os juízes itinerantes procediam a julgamentos em nome do rei⁸⁹.

Por volta do ano de 1166 foi que Henrique II passou a investir na instituição do júri com o objetivo de definitivamente extirpar dos seus domínios os juízos de deus.⁹⁰ Importante aqui é estudar a gestão da prova, para identificar o trato destinado à inexigibilidade de auto-incriminação.

Inicialmente, pelo *writ* ordenava-se ao funcionário local a reunião de uma dúzia homens para resolver o caso. Posteriormente, democratiza-se a função acusatória ao lhe incumbir a um primeiro júri,⁹¹ composto por trinta e cinco homens da comunidade, que decidia sobre a denúncia de casos graves ao juiz itinerante. Eles decidiam com base em seus conhecimentos de vida em geral e nos específicos que detinham sobre o caso, valendo-se inclusive de comentários daqueles com quem conviviam. As decisões eram motivadas por suas impressões, de forma que eles próprios eram as provas (ou não) da veracidade daquilo que se atribuía ao acusado, condenando-lhe (ou não) ao

⁸⁷ GILISSEN, *op. cit.*, p. 211.

⁸⁸ LOPES, *op. cit.*, p. 254. Acrescentem-se as palavras de GILISSEN: *writs* são “ações judiciais sob a formas de ordens do rei.” (*Ibidem*, p. 211).

⁸⁹ *Ibidem*, p. 254.

⁹⁰ O júri já era conhecido, mas apenas quando encampado de forma padronizada por Henrique II, na segunda metade do séc. XII, é que passa a ser palco propício ao desenvolvimento de um processo autenticamente acusatório. (GILISSEN, *op. cit.*, p. 214 *et seq.*).

⁹¹ Denominado *Grand Jury*.

juízo pelo *Petty Jury*⁹², o qual igualmente procedia⁹³; compunham, pois, autêntica prova testemunhal coletiva.

A idéia de um júri de prova é favorável ao princípio da inexigibilidade porque, se os membros do júri apreciam a questão exclusivamente com base em seus conhecimentos sobre o acusado e o fato, não se exigiram do réu práticas que pudessem levar à produção de provas contra si. Dispensar o depoimento do réu é resguardá-lo do perigo de auto-incriminação – inclusive do involuntário, através da confissão – bem como protegê-lo da confissão “voluntária”, decorrente da tortura.

Em 1285, o direito real de emitir *writs* sobre quaisquer conflitos foi restringido pelo *Statute of Westminster II*⁹⁴ aos conflitos anteriormente apreciados pelo rei. Desde então, apenas *in consimili casu* passaram-se a expedir *writs*, do que resultou na instauração do processo por *forms of action*: para ser apreciado pelo rei, deveria o queixoso indicar especificamente um *writ* já emitido que fosse *semelhante* ao seu caso. Esse foi o meio encontrado pelos barões de delimitar o poder do rei, já tão proeminente, aos casos por ele anteriormente apreciados⁹⁵. O Segundo Estatuto de Westminster representou a composição de uma disputa pela imposição de limites à jurisdição real em favor dos barões e grandes vassallos, que se iniciou pela Magna Carta e foi reforçada pelas *Provisões de Oxford*, de 1258, que se contentou em proibir a emissão de *writs*⁹⁶.

O ano de 1215 mostra-se, pois, peculiarmente relevante para o estudo do Direito Processual Penal, eis que no dia 15 de junho, em *Runnymede*

⁹² Composto por doze homens, escolhidos pela comunidade dentre os considerados idôneos, era perante ele que originariamente se realizavam os juízos de deus; mais tarde transforma-se em um júri de prova: os jurados diziam a verdade com base em seus conhecimentos sobre o que acontecia na comunidade; já nos séculos XV e XVI, passa a colher o depoimento de testemunhas e a se vincular às provas que eram oficialmente apresentadas. (GILISSEN, *op. cit.*, p. 214).

⁹³ Com SUANNES: “algumas cortes escolhiam, dentre cem nomes que lhe eram apresentados, uma dúzia de cidadãos que se encarregavam de trazer aos juizes reais os casos de conduta criminal de que tomavam conhecimento.” Mais tarde, a esse tribunal de indiciamento acrescenta-se o de julgamento (pequeno júri); o que no séc. XV já se faria corriqueiro. (*Op. cit.*, p. 85).

⁹⁴ GILISSEN, *op. cit.*, p. 210.

⁹⁵ LOPES, *op. cit.*, p. 255.

⁹⁶ GILISSEN, *op. cit.*, p. 210.

(lugarejo próximo a Londres) o Rei João Sem-Terra⁹⁷ assinou finalmente uma *petição de princípios* (um documento que elencava garantias, cujo intuito era proteger o que hoje se chama de *liberdades individuais*, frente às arbitrariedades da coroa), a *Magna Charta Libertatum*⁹⁸. Através dela foi que se tutelou, originariamente, o *writ* de *habeas corpus*, especificamente no que concerne à defesa daquelas liberdades. Por meio de outras tantas disposições, instituíram-se direitos que implicam em limitações ao exercício do poder real. Com PEREIRA⁹⁹:

Dessa forma, passando a assegurar as liberdades, bem como um processo criminal mais justo e voltado para a busca da verdade, sem, entretanto, descuidar dos direitos do acusado, prestigiou notadamente o privilégio contra a auto-incriminação, que por absoluta incompatibilidade levou à abolição das diversas formas de tortura dos atos característicos do interrogatório.

Mantém-se a oralidade pela qual as partes produziam e debatiam as provas em contraditório perante os jurados, limitando-se o presidente a zelar pela lisura dos acontecimentos, incluídos os direitos do réu. Fixe-se que a mentalidade positivada na Magna Carta difundiu-se espaço e temporalmente, a ponto de inspirar e de se impregnar na maioria dos mecanismos de matiz democrática.

⁹⁷ Rei da Inglaterra de 1199 a 1216, sucessor de Ricardo I, o rei John fora alcunhado de *Lackland* ou João *Sem-Terra* graças, segundo certos autores, às suas derrotas d'além mar ou, segundo outros, por não ter sido contemplado pela herança paterna. (SUANNES, *op. cit.*, p. 87).

⁹⁸ A celeuma iniciara-se quando João-Sem Terra recusou a indicação de Stephen Langton para o Arcebispado de Canterbury, em 1206. Em represalha, o Papa Inocencio III o excomunga e manda fechar todas as igrejas do país. O povo, profundamente insatisfeito, reage com vigor, a causar fundada preocupação por parte do Rei, o qual acabaria em 1213 a se submeter à autoridade papal. O incidente seria registrado cautelosamente pela nobreza com o fito de, em um futuro próximo, com habilidade, o explorar: em 1214 os barões encarregam justo Stephen Langton, já arcebispo de Canterbury, da *redação* de uma petição de reconhecimento de direitos dos súditos em face do rei (direitos esses os quais, em sua maioria, eram os barões os titulares e não o povo) ao rei John. Não se o convencera de pronto, porém; precisou ser pressionado pela vultuosa *marcha do Exército de Deus e da Santa Igreja* que tomaria Londres, forçando-o a ceder em 15 de junho de 1215. A negociação da redação definitiva da carta operou-se apenas com Henrique III (filho de João Sem Terra), 10 anos depois, que também cede durante uma negociata ao fim de uma rebelião. (SUANNES, *op. cit.*, p 89, 93). Posteriormente, confirmara-se e aprimorara-se outras muitas vezes pelos soberanos que se lhe sucederam. (PEREIRA, *op. cit.*, p. 28).

⁹⁹*Ibidem*, p. 29.

O *due process cause* teve origem na ressalva final do artigo 36, pela qual se garante ao acusado um julgamento por seus pares e de acordo com a lei local. Seu significado é depurado com uma decisão do Tribunal Real¹⁰⁰ de 1616, na qual afirma que a perda administrativa de cargos não pode ser determinada sem se observar os preceitos da Magna Carta, mesmo que fundamentado em lei local, pois “*parte altera inaudita, is against justice and right*”. Conclui, pois, SUANNES¹⁰¹: “Estabilizava-se aí o grande e duplo princípio do *fair trial: notice and hearing*, ou seja, cientificado do conteúdo da imputação e de ter oportunidade de contestar a acusação feita”.

Apenas em 1354, porém, pronunciou-se pela primeira vez a clássica expressão *due process of law*, quando o rei Eduardo III a utilizou em resposta à uma petição. Exprimia a obrigatoriedade de garantir uma fórmula capaz de assegurar um julgamento justo, com um processo de curso regular, para crimes que ofendiam o direito de propriedade, o que se estenderia também ao direito de liberdade¹⁰².

Outro destaque ao ano de 1689. Perante a renúncia de James III ao trono e a dissolução do Parlamento, chamou-se uma Assembléia (composta por nobres, magistrados e membros da *Câmara dos Comuns*) responsável por traçar as atuais características do Poder Legislativo inglês, proclamar a vacância do trono e traçar condições ao coroamento de William III. Todas essas regras acabaram prudentemente formalizadas no *Bill of Rights* de 1689. Assim foi que (a) cristalizaram-se limites ao rei; (b) acometeram-se imunidades aos parlamentares, os quais elegeriam-se de forma periódica e livre; (c) transferiu-se do monarca ao Poder Legislativo a competência para a suspensão de leis que entendessem inconstitucionais; (d) vedou-se ao PJ a aplicação de penas cruéis e de multas ou fiança de excessivo valor¹⁰³.

¹⁰⁰ Impulsionada, atente-se, pela imposição de Carlos I aos seus súditos do recolhimento de um imposto compulsório para custear gastos de guerra, sendo que quem os não pagasse era preso independente de procedimento judicial. (*Ibidem*, p 92).

¹⁰¹ *Ibidem*, p 93.

¹⁰² *Ibidem*, p 94.

¹⁰³ *Ibidem*, p. 98.

Impunha-se ao Rei, pois, o reconhecimento de sua humanidade. Ele engolia mais uma colherada do purgante à superioridade que ostentava. Já não era admitido que cumulasse as funções executiva e legislativa. Deveria respeitar e implementar normas que não fossem de sua autoria (*the law of the land*), confeccionadas livremente por parlamentares protegidos por suas imunidades imprescindíveis. Seus erros – sim, revelava-se Sua Magestade, finalmente, passível de equívocos e lapsos, tal qual qualquer dos mortais – passavam a ser apreciados por magistrados independentes da coroa (vinculados em última instância ao povo, através do Parlamento que o representa¹⁰⁴). Coroa e Parlamento exerciam o poder de forma que possibilitasse seu controle ao povo; eram titulares de deveres correspondentes a direitos e garantias dos cidadãos comuns, dentre os quais os de natureza processual. Mudanças de tamanho significado necessitavam ser explicitadas, documentadas e difundidas *urbi et orbi*, sob pena de se inutilizarem. Foi o que se acometeu ao Bill of Rights.

Mais um momento de atenção para o registro do *Act of Settlement*, de 1701, pelo qual se exigia o prévio consentimento do Parlamento à declaração de guerra e impedia a destituição de magistrados por ordens da coroa¹⁰⁵.

Perante o modelo absolutista de Estado, afigura-se como vantagem típica do Estado de Direito o reconhecimento, em lei, de direitos subjetivos públicos, a colocar os indivíduos em posição ativa em relação à autoridade estatal¹⁰⁶. O cidadão goza do direito a um processo penal oral, público, cuja produção da prova se incumbe exclusivamente às partes e cujo

¹⁰⁴ É que a última instância judicial pertence a uma das Câmaras do Parlamento; por isso também se diz que foi da atuação insistente dos parlamentares que se consolidaram os preceitos éticos difundidos e positivados em outros ordenamentos, gerando o "Constitucionalismo", movimento que vê o direito como autêntica limitação ao poder do Estado, a expressar o reconhecimento da dignidade da pessoa humana (*Ibidem*, p. 97).

¹⁰⁵ FRAGOSO, Heleno. Os direitos do homem e sua tutela jurídica. p. 1. (http://www.fragoso.com.br/cgi-bin/helena_artigos/arquivo25.pdf. acesso em 17.07.05 – tese apresentada à V Conferência Nacional da OAB (1974) – também in: *Direito Penal e Direitos Humanos*, Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 119-142).

¹⁰⁶ SUANNES, *op. cit.*, p. 97.

desencadeamento em crimes públicos se incumbe à iniciativa popular. São garantias que se conservaram (e aprimoraram¹⁰⁷) até a contemporaneidade.

2.1.4 O Direito ao Silêncio na formação dos Estados Modernos

*“Pelas alturas de 1300 a expansão agrícola da alta Idade Média havia alcançado seus limites. A partir de então, os rendimentos e as áreas cultivadas começaram a diminuir. Por conseguinte, a primeira metade do século XIV foi uma época de crescente depressão econômica.”*¹⁰⁸

*Com a crise do feudalismo e o retardamento das relações comerciais com o Oriente, por volta do século XI, as cidades voltaram a reaparecer na Europa Ocidental. Os primeiros povoados surgiram como núcleos de mercados, reunidos para comercializar seus produtos e abastecer o mercado local. O aumento do comércio pôs fim ao isolamento das pessoas no campo. A cidade voltou a ser o centro das atividades humanas.*¹⁰⁹

É como se descreve a crise que marca a passagem da Idade Média à formação dos estados modernos¹¹⁰, nos quais se confirmam modelos de produção essencialmente diversos, bem como novas e correspondentes tramas sócio-culturais.

A monarquia nacional pôs fim ao particularismo político do regime feudal./ O poder político antes exercido pelos senhores feudais e pelas cidades medievais autônomas, concentrava-se agora nas mãos do soberano de cada nação./ O apoio dado ao rei pela burguesia contribuiu para o fortalecimento do poder real./ Os burgueses queriam um poder centralizado e forte, pois só assim conseguiriam a unidade do mercado

¹⁰⁷ Até meados do século XIX os acusados de crimes graves não tinham direito a defensor, o que se fundava na idéia de que os juizes são protetores naturais dos direitos dos acusados, pelo que se deveria privilegiar o clamor público em detrimento do que se designava de “prejudicial atuar dos advogados”. “Esta idéia de que permitir a atuação dos advogados pode levar ao retardamento ou mesmo à denegação da justiça não é um pensamento que ficou sepultado na Inglaterra. A restrição a direitos fundamentais do acusado, em nome de um ‘clamor público’ (que a tanto equivale a expressão *potential threat to order*), não é coisa rara em nossos repositórios de jurisprudência.” (*Ibidem*, p. 98).

¹⁰⁸ BURNS, E. McNall. *Historia da Civilização Ocidental*. 38. ed. Rio de Janeiro: Editora Globo, 1997, p. 308.

¹⁰⁹ ARRUDA, J.J.. *História Integrada*. v. 2. São Paulo: Ática, 1999, p. 44.

¹¹⁰ “As deficiências da sociedade política medieval determinaram as características fundamentais do Estado Moderno, quais sejam: o território e o povo, como elementos materiais; o governo, o poder, a autoridade ou o soberano, como elementos formais. Para alguns autores, existe um quarto elemento: a finalidade – o Estado deve ter uma finalidade peculiar, que justifique sua existência.” (STRECK; BOLZAN DE MORAES, *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*, 3.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 24).

interno e seu conseguinte desenvolvimento./ Favorecido pelo apoio financeiro da burguesia, o rei formou o exército nacional, encarregado da proteção dos súditos e da manutenção.¹¹¹

O Estado que surge na Europa dos séculos XVII e XVIII coloca-se *absolutamente* acima dos indivíduos, que são meros súditos. Invoca a soberania para justificar o tolhimento ferrenho dos homens que apenas lhe servem e cuja liberdade e personalidade encontram-se à mercê dos órgãos estatais¹¹². O processo penal é de índole inconfundivelmente inquisitória: secreto, escrito, não contraditório¹¹³, de provas tarifadas (das quais não excluía a tortura) cuja lógica objetivava extrair do argüido a confissão; era tomado como objeto sob apreciação dos juizes, por conseguinte dotado de um impalpável direito de defesa¹¹⁴. Laicizava-se o processo inquisitório religioso, com a peculiaridade de dispensar a acusação particular, desencadeando-se de ofício a ação e incentivando-se a popularização da nova ordem através das “bocas da verdade”¹¹⁵.

Em Portugal¹¹⁶ é do ano de 1536 a data do estabelecimento da Inquisição, cujos princípios fundavam as Ordenações Filipinas.

Em França, são as *ordonnances* de 1498 (Luiz XII), de 1539, de 1553 (Francisco I) e de 1670 (Luís XIV) que, sob ordem inquisitorial, tratam de normatizar. A última dessas *Ordonnances* é, tradicionalmente, objeto de estudo tanto mais demorado. Trata-se de um monumento técnico – eis que dotada de regras nítidas, ao estilo dos códigos modernos – sem jamais ignorar seu cerne inquisitorial. As normas, em que pese ignóbeis, são explicitamente prefixadas. O procedimento legal da tortura é minudentado, indicando quando e como são postas em prática. Se decidido que é pertinente, a sentença, proferida por um colegiado no mínimo trino, submete-se de ofício a um reexame obrigatório. São também necessários ao menos três magistrados

¹¹¹ PIZZINATO, Alceu e SENISE, Maria Helena. *Historia Moderna e Contemporânea: a formação dos Estados Nacionais*. São Paulo: Ática, 1997. p. 16.

¹¹² DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Processual Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1974, v.1, p. 61-62.

¹¹³ BARREIROS, *op. cit.*, p. 33.

¹¹⁴ DIAS, *op. cit.*, p. 61-62.

¹¹⁵ BARREIROS, *op. cit.*, p. 32-33.

¹¹⁶ DIAS, *op. cit.*, p. 64.

para julgar casos cujas penas sejam corporais ou infamantes; para a apelação são necessários sete. Os interrogatórios eram secretos, tinham por escopo a confissão e deveriam ser levados a efeito nas 24 horas imediatamente posteriores à prisão, antes que fosse desperdiçada a angústia do prisioneiro, a quem se incumbia o dever de responder sem atraso, depois de ter prestado juramento. Evidente que não há lugar para o direito ao silêncio. Sequer direito à defesa tinham os acusados de crimes capitais.¹¹⁷

Os demais países europeus – à exceção da Inglaterra, conforme estudado – marcharam todos no mesmo ritmo inquisitorial.

2.1.5 O Direito ao Silêncio na Modernidade

De volta à Europa Continental, o *Iluminismo* foi o movimento responsável pela reivindicação¹¹⁸ de um reordenamento das instituições jurídico-políticas, com vistas à submissão dos governantes à soberania popular, através da obediência (de todos e deles principalmente) à lei, da divisão constitucional do exercício do poder, das prerrogativas dos magistrados; dos princípios da anterioridade penal e do devido processo legal; dos direitos individuais e do reconhecimento do que se denominou *direitos humanos naturais*.

Destaca-se o pensamento de Cesare Beccaria, ao explicitamente rechaçar a tortura e o interrogatório, por obviamente privilegiarem a auto-incriminação. Seus ensinamentos difundiram-se sob uma forma distorcida, o que gerou a confecção de dispositivos legais que puniam a utilização do direito ao silêncio e levavam à confissão por tortura, a qual se fundamentava em um alegado desrespeito ao juiz que interrogava. Com PEREIRA¹¹⁹: “a interpretação equivocada dessas idéias expostas por Beccaria, influenciou as

¹¹⁷ BARREIROS, *op. cit.*, p. 33-4.

¹¹⁸ É apenas no séc. XIX, com o triunfo do Estado liberal, que se definitivamente monopoliza a prestação jurisdicional como atividade estatal à qual se submetem todos os cidadãos, conforme as mesmas regras procedimentais, desaparecendo por completo as justiças senhoriais que resistiram durante os Estados Nacionais dos séculos XVI à XVIII. (LOPES, *op. cit.*, p. 259)

¹¹⁹ *Op. cit.*, p. 32.

legislações nascentes, como a outorgada por Catarina II da Rússia e, 1767 e o Código Austríaco de 1803, que traduziram erroneamente seus ensinamentos, no sentido de impor penas severas para o acusado obstinado em manter-se calado durante o interrogatório feito pelo juiz.”

Pietro Verri acreditava que apenas com a abolição do depoimento do acusado é que se poderia efetivamente garantir o direito ao silêncio. Defendia a contradição dos sistemas que lhe institui sempre que pune quem dele faça uso.

À luz do raciocínio desses pensadores, o direito de não produzir prova contra si foi legalizado paulatinamente. No movimento pela abolição da tortura, então autorizada por lei na Europa, destaca-se um decreto de Frederico II da Prússia, de 1740, referência para os vários Estados que o seguiram no final do século XVIII. Alavanca-se enfaticamente com a Revolução Francesa e com a expansão da idéia abolicionista, através das guerras napoleônicas¹²⁰.

Reflexos políticos do Iluminismo culminaram, em 1789, com a Revolução Francesa, cujos ideais foram positivados na *Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão*. Destacam-se os artigos 7.^o¹²¹, 8.^o¹²² e 9.^o¹²³ deste documento, de onde se retiram os fundamentos contra a utilização da tortura e da confissão.

Os idealistas do século XVIII estavam crenes de que haviam desvelado racionalmente os direitos naturais – que se definiam como inerentes a cada um dos homens e intrinsecamente inalienáveis –, dentre os quais a liberdade, diametralmente oposta ao interesse de um Estado, agora qualificado de liberal, em punir penalmente os cidadãos através da prisão. Impendia, pois, admitir o

¹²⁰ DALARI, Dalmo de Abreu. In: VERRI, *op. cit.* (prefácio), p. XXI.

¹²¹ “Nenhum homem pode ser acusado, preso nem detido senão determinado pela lei, e segundo as formas que ela prescreveu. Aqueles que solicitam, expedem, executam ou mandam executar ordens arbitrárias devem ser punidos; mas todo cidadão chamado ou detido em virtude da lei deve obedecer incontinentemente; ele se torna culpado pela resistência.”

¹²² “A lei só deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias, e ninguém pode ser punido senão em virtude de uma lei estabelecida e promulgada anteriormente ao delito e legalmente aplicada.”

¹²³ “Todo homem sendo presumido inocente até que tenha sido declarado culpado, se se julgar indispensável detê-lo, todo rigor que não for necessário para garantir a sua detenção deve ser severamente reprimido pela lei.”

poderio do qual dispõe o Estado perante o cidadão e disponibilizar um instrumento para que o possibilite participar como sujeito no julgamento. Inspirado na tradição inglesa, reestrutura-se o processo, ao ponto de ser percebido como essencialmente acusatório: quem acusa não julga; presume-se a inocência; a acusação prova a culpa; ao acusado garante-se sempre defesa ampla, com contraditório a cada movimentação; aquilo que narra a acusação vincula o juízo, que decide sob provas tarifadas¹²⁴.

Assim se fez, em França, através das Leis de 11 de agosto de 1789 e de 08 de outubro de 1789 – às quais se atribuem, respectivamente, a supressão das justiças senhoriais e a publicidade obrigatória das audiências –; inauguraram o modelo jurídico processual de inspiração inglesa, o qual seria confirmado pela Constituição de 03 de setembro de 1791 e complementado pela lei 16-29 de setembro de 1791. Com esta é que se retoma o júri para os casos graves e reestrutura-se a função jurisdicional: incumbiu-se o inquérito ao juiz de paz; a instrução (com interrogatório do réu e das testemunhas) ao juiz do tribunal (observe-se que ao fim da instrução decidia sobre a pertinência de lavrar o auto de acusação e a convocação de um primeiro júri); a decisão sobre a acusação ao júri de acusação (que era composto por oito membros), com base nos debates orais e contraditórios que aconteciam perante ele¹²⁵.

Regride-se ao sistema inquisitório através de reformas operadas pelo *Code des délits et des peines*¹²⁶, da *Lei 7 Pluviôse*¹²⁷ – Ano IX, da *Lei 18 Pluviôse*¹²⁸ – Ano IX e do *Code d'Instrction Criminelle*.

¹²⁴ DIAS, *op. cit.*, p. 64-5. Cabe ao direito penal, acima de tudo, regulamentar o monopólio da força do Estado, entendido este como instituição política da monopolização, pelo aparato administrativo, da coerção física legítima. (MACHADO, Luiz Alberto. A presunção constitucional de inocência. *Revista da Faculdade de Direito*, Curitiba, v. 27, n. 27, p. 38-9).

¹²⁵ BARREIROS, *op. cit.*, p. 36.

¹²⁶ O código excepcionou casos em que o juiz de paz foi dotado de poderes para instaurar oficiosamente o processo, bem como para instruí-lo a título preparatório, poder este que também se atribuía ao juiz presidente do tribunal do júri. (BARREIROS, *op. cit.*, 37).

¹²⁷ Confiou-se ao MP novos poderes e reformou-se a instrução preparatória (já não se dava face a face com júri mas perante um juiz de instrução; restou ao júri de acusação o contato com os autos). (*Idem*).

¹²⁸ Institui tribunais especiais nos quais o acusado era privado de ser ouvido e julgado por um júri. (*idem*).

O modelo liberal de Estado, decorrente da Revolução Francesa, em que o processo penal protege o indivíduo do poder institucional monopolizado, regride de tal forma sob o comando de Napoleão Bonaparte, que se costuma atribuir seu nome ao novo modelo.

Também chamado, equivocadamente¹²⁹, de Sistema Misto ou Reformado as mudanças operadas foram justificadas de forma retórica pelas promessas, tão familiares à contemporaneidade, de se solucionar a hemorragia social da criminalidade através de desatadas sangrias legiferantes.

O Código de Instrução Criminal de 1808, em vigor desde o dia 1.º de janeiro de 1811, saciava os desejos do Imperador de controlar o rumo dos julgamentos mesmo que sem explicitamente o fazer, convencido que foi pelo Conselho de Estado de que por mais que se zelasse, convenientemente, pelo júri de acusação, restava inoperante sua mentalidade acusatória em razão de lidar exclusivamente com os autos do processo, deixando o cerne de sua apreciação – a gestão da prova: secreta e desmuniada de advogado –, para um juiz de instrução. A decisão de acusar não cabia mais a um júri mas ao Ministério Público ou ao ofendido. Contam positivamente, apenas, a separação da atividade acusatória, tanto da atividade judicante quanto da instrutória, e o duplo grau de jurisdição (cuja composição era colegiada e profissional).

Napoleão espalhou a sistemática pelos códigos da Europa continental e, cada um dos Estados, às respectivas colônias. DIAS¹³⁰ relata o movimento em Portugal:

o direito processual penal no período da reconquista era de estrutura acentuadamente acusatória (...). Profundamente reformado depois, por influencia canônica e romana, em um processo de tipo marcadamente inquisitório, só com a Revolução de 1820 volta a ser objeto de reforma e regressa (...) a bases acusatórias que, connexionadas com os princípios tendentes a assegurar um amplo direito de defesa ao argüido e consignados na Constituição de 1826, dão ao processo penal português coevo uma face aceitável,

em que pese maculado em 1837 e 1841, respectivamente, pela Nova e pela Novíssima reforma, bem como por extensa legislação extravagante.

¹²⁹ Era essencialmente inquisitório. (COUTINHO, *Introdução aos...*, p. 165).

¹³⁰ DIAS, *op. cit.*, p. 67-8.

2.1.6 O Direito ao Silêncio na Constituição Norte-Americana

A história da liberdade norte-americana coincide, em largos passos, com a história do processo¹³¹. Os primeiros colonizadores dos Estados Unidos da América deixaram os domínios ingleses em busca de um espaço no qual pudessem se expressar com liberdade. Almejavam por um ordenamento jurídico que lhes garantisse a diversidade de interpretações da Bíblia através, conquanto, do modelo processual tipicamente inglês, cujas cláusulas expressam valores substanciais profundos – de proteção à vida, à liberdade, à propriedade – dos quais é possível extrair a razão de ser de um governo constitucional¹³².

As garantias que caracterizam o devido processo legal foram trazidas da Inglaterra e expressamente incorporadas pela 5ª e pela 14ª Emenda à Constituição norte-americana, sem jamais se explicitarem em lei.

Segundo SUANNES¹³³, tem cabido mais ao Poder Judiciário do que ao Parlamento dos EUA dizer do que se compõe o devido processo legal, em que pese a polêmica quanto à possibilidade de o PJ fazer a revisão das políticas governamentais face à Constituição. É o que se convencionou chamar de devido processo legal *substantivo*.

Com efeito, sob perspectiva *formal*, o devido processo significa a observância de regras procedimentais predeterminadas, remetendo a

¹³¹ “A história do due process, notadamente em seu aspecto garantístico, confunde-se com a própria história do sistema judiciário norte-americano, pois com a vinda para o novo continente dos colonizadores ingleses, muito da [sic] Common Law foi por eles trazido e buscado implantar na terra que estavam colonizando.” (SUANNES, *op. cit.*, p. 106).

¹³² Da separação entre Estado e Igreja – como conseqüência da insubordinação de Henrique VIII em relação às normas relativas ao matrimônio – fortificou-se o protestantismo. Os puritanos, termo pelo qual ficaram conhecidos os protestantes “radicais”, empenhavam-se para que a Reforma eliminasse qualquer influência do catolicismo. Nada se altera, contudo, no reinado de Elizabeth I, filha da união de Henrique VIII com Ana Bolena, por quem ele se separara de Catarina de Aragão. Quando do início do século XVII, James I novamente rejeitou a petição de reforma dos puritanos, fazendo com que muitos dos seus líderes emigrassem para o *Novo Mundo*. Aportaram em solo norte-americano, mais precisamente no atual norte da Virgínia, em 1620. Declararam independência às colônias em 04.07.1776. Formalizaram-se como confederação em 1778, um ano antes da entrada em vigor da Constituição, cujas normas gabam-se de representar tudo o que se aprendeu em 572 anos, desde a Magna Carta, sobre os limites do poder governamental, propósito central do Constitucionalismo. (Ibidem, p. 106-9).

¹³³ *Ibidem*, p. 105.

exigência de que tais normas sejam razoáveis ou proporcionais à uma apreciação substancial¹³⁴.

A Constituição norte-americana compunha-se originalmente por sete artigos, muitos dos quais autênticos capítulos, estruturados em várias sessões. Apresenta-se, conquanto, sintética; aparelha-se, indubitavelmente, com mais princípios do que com regras, o que se justifica, inclusive, pelo fato de os Estados já ostentarem suas próprias Constituições antes da republicana. No ano de 1791, as dez primeiras emendas à Constituição norte-americana foram aprovadas. São emendas responsáveis por explicitar garantias e direitos dos mais caros; sua obrigatoriedade ficara restrita às causas federais ao menos até a década de 60, quando a Suprema Corte norte-americana passou a afirmar categoricamente a aplicabilidade de muitos dos preceitos do *due process* aos processos de competência das justiças estaduais.

Denomina-se o conjunto das tais dez primeiras emendas de *Bill of Rights norte-americano*. Enfeixam uma série de normas relativas ao processo penal; vejamos algumas. Coube à 4.^a Emenda garantir a privacidade das pessoas ao exigir mandados judiciais para o cumprimento de buscas e apreensões, sendo sua expedição condicionada à comprovação de justa causa. A 5.^a Emenda refere-se expressamente a *due process clause* pela primeira vez ao cuidar, dentre outros assuntos, de princípios processuais penais. Fixa a competência do júri para os crimes mais graves e proíbe que se processe mais de uma vez a mesma pessoa pelo mesmo fato. Mostra-se especialmente relevante a esse estudo ao dispor que ninguém pode ser obrigado a depor contra si mesmo; *in verbis*: “No person (...) shall be compelled in any criminal case to be witness against himself”¹³⁵. Os princípios correlatos ao *fair trial* são objeto específico da 6.^a Emenda ao consignar: o direito a um julgamento rápido proferido pelo júri do local em que o fato ocorreu; o direito a informação previa da acusação que ao cidadão se acomete; o direito à assistência de advogado; o direito de arrolar e de inquirir

¹³⁴ *Ibidem*, p. 102.

¹³⁵ ANDRADE, *op. cit.*, p. 124.

testemunhas¹³⁶. Ratifica-se, em 1868, a 14.^a das Emendas, onde reaparece a expressão *due proces of law* que então se dirige obrigatoriamente aos Estados-membros: nenhum deles pode desconsiderá-lo ao atingir a vida, a liberdade ou a propriedade dos cidadãos¹³⁷.

Contudo, foi apenas na sexta década do século passado que a Suprema Corte, sob a presidência de Earl Warren, passou a determinar, caso a caso, a incorporação dos princípios do *Bill of Rights* a todos os processos, independente da autoridade sob a qual se desenvolvesse. Exemplifique-se: em 1914 com *Weeks v. United States* a Corte mandou excluir provas ilícitas, mas tão-só em 1961 com *Mapp v. Ohio* afirmou valer a norma também para os Estados. Anteriormente eram considerados como deveres exclusivos das autoridades federais. Com SUANNES¹³⁸, acompanhem-se mais alguns dos relevantíssimos *cases* sobre os quais o autor se debruçou.

Se em 1932, com *Powell v. Alabama* (conhecido como *the Scottsboro case*), a Suprema Corte anulou o feito por ausência de defesa efetiva e em 1942, com *Betts v. Brady*, declarou obrigatória a presença de advogado meramente quando se estiverem apreciando crimes cujas penas fossem capitais; em 1963, com *Gideon v. Wainright*, foi que generalizou a quaisquer processos criminais, sob pena de ferir a 14.^a Emenda.

Em 1965, com *Pointer v. Texas* considerou o direito de reperguntar às testemunhas como componente do princípio de devido processo penal, ao que acrescentou a proibição de fundamentar a condenação exclusivamente em depoimentos escritos.

Em 1966, com *Miranda v. Arizona*, definiu outros três elementos fundamentais à composição do *fare trial*, quais sejam: (a) o dever de presumir a inocência do cidadão e os conseqüentes (b) direito ao silêncio e (c) à assistência de advogado. Consignou também o dever do policial de advertir o cidadão, no ato da prisão, sobre a existência desses direitos, bem como do fato de que tudo o que for dito poderá ser usado contra ele em julgamento.

¹³⁶ SUANNES, *op. cit.*, p. 113-4.

¹³⁷ *Ibidem*, p. 115.

¹³⁸ *Ibidem*, p. 117 *et seq.*

Essas são as tão polêmicas *Miranda Warnings*, imensamente rechaçadas tanto pelo senador G. Wallace quanto pelo futuro Presidente Nixon, adeptos ferrenhos do movimento conhecido por *law and order*.

Em 1968, o Congresso norte-americano promulgou o *Omnibus Crime Control and Safe Streets Act*, em que o Poder Legislativo definia os casos nos quais as *Miranda Warnings* podiam ser ignoradas pelos policiais. São eles: as confissões voluntárias, a detenção policial de suspeitos por 6 horas ou mais, sem mandado específico ou flagrante, e a permissão da escuta telefônica, tudo ponderado a critério dos jurados. Sob o lema "*order not rights*" amputam-se conquistas das mais preciosas¹³⁹.

2.1.7 O Direito ao Silêncio no Brasil Colônia

*"Outro [além da Corte de Lisboa, principalmente através do Conselho Ultramarino] coordenador poderosíssimo [do Brasil que se formava] era a Igreja católica, com seu braço repressivo, o Santo Ofício. Ouvindo denúncias e calúnias na busca de heresias e bestialidades, julgava, condenava, encarcerava e até queimava vivos os mais ousados."*¹⁴⁰

Descobertas as novas terras do continente perdido, as respectivas Coroas articularam-se para as *civilizar*, leia-se: violentar e explorar. Utilizaram, para tanto, da força e do direito. Em 1500, Portugal tomou posse desta terra, cuja propriedade e "jurisdição" eram divinamente reconhecidas como de sua titularidade.

Antes mesmo do *achamento* do Brasil, o Vaticano estabelece as normas básicas de ação colonizadora, ao regulamentar, com os olhos ainda postos na África, as novas cruzadas que não se lançavam contra hereges adoradores de outro Deus, mas contra pagãos e inocentes. É o que se lê na bula *Romanus Pontifex*, de 8 de janeiro de 1454, do papa Nicolau V: "(...) Por isso nós, tudo pensando com devida ponderação, concedemos ao dito rei Afonso a plena e livre faculdade, entre outras, de invadir, conquistar, subjugar a quaisquer sarracenos e pagãos, inimigos de Cristo, suas terras e bens, a todos reduzir à servidão e tudo praticar em utilidade própria e dos seus descendentes. Tudo declaramos pertencer de direito in perpetuum aos mesmos d.

¹³⁹ SUANNES, *op. cit.*, p. 126.

¹⁴⁰ RIBEIRO, Darcy. *O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil*. 2. ed. 16. reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. p. 38.

Afonso e seus sucessores, e ao infante. Se alguém, indivíduo ou coletividade, infringir essas determinações, seja excomungado" [...] (in Baião 1939: 36-7).¹⁴¹

Segue-lhe, com os mesmos propósitos e em semelhantes termos, em 4 de maio de 1493, a bula *Inter Coetera*¹⁴².

Do descobrimento até 1822, valeram¹⁴³ para o Brasil Colônia as normas que se editavam em Portugal. E eram inúmeras, a ponto de se fazer imprescindível para sua coesa aplicação em sede portuguesa a edição de uma coletânea, que as ordenasse. Assim que, em 1446, concluíram-se as *Ordenações Afonsinas*, cujo pioneirismo, enquanto *código* a tratar de quase todos os assuntos da administração pública, mesmo que com imperfeição, destaca-se tanto frente aos demais países europeus quanto como ponto de partida para as Ordenações que lhe seguiriam em Portugal.¹⁴⁴

Mesclando-se orientações de direito romano (do Direito Civil justinianeu, difundido como *Leis Imperiais*), canônico (em sua vertente interpolada e interpretada – o que se conhece por *Direito Comum*), visigótico, espanhol (por conta das *Leis das Sete Partidas*), português (dentre leis, resoluções e concordatas), além de certos costumes e forais, as Ordenações Afonsinas estruturaram-se em 5 livros, sendo objeto do último deles os temas mais viceriais que as sociedades se propõem a normatizar.

Séculos estão a anteceder o pensamento reluzente de Beccaria e de seus pares; compreensível pois, que o Livro V cuidasse dos delitos e das penas sem atentar para sua proporcionalidade¹⁴⁵. Insistia-se à época na absorção, por parte da população, do princípio *da oficialidade da jurisdição*. A

¹⁴¹ *Ibidem*, p.39-40.

¹⁴² *Ibidem*, 40.

¹⁴³ Mesmo após a independência, pela Lei de 20 de outubro de 1823, as Ordenações Filipinas continuaram sendo aplicadas aqui. (PIERANGELLI, José Henrique. *Processo penal: evolução histórica e fontes legislativas*. Bauru: Jalovi, 1983, p. 70).

¹⁴⁴ *Ibidem*, p. 54

¹⁴⁵ "A reunião de todas essas pequenas parcelas de liberdade constitui o fundamento do direito de punir. Todo o exercício do poder que deste fundamento se afaste constitui abuso e não justiça; é um poder de fato e não de direito; constitui usurpação e jamais um poder legítimo./ As penas que vão além da necessidade de manter o depósito da salvação pública são injustas por sua natureza; e tanto mais justas serão quão mais sagrada e inviolável for a segurança e maior a liberdade que o soberano propiciar aos súditos." (BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. Torreri Guimarães. São Paulo: Hemus, 1983. p. 15).

lógica que imperava transformava as previsões de penas cruéis¹⁴⁶ em desastrosas armas face ao objetivo de evitar o recurso instintivo à vingança privada ou o cometimento de quaisquer outros delitos, dentre os quais vale ressaltar o de lesa-majestade, punido exemplarmente.

As disposições processuais penais vinham em seguida, sempre as ultimas a tratar, como reza a tradição, por motivos que logo compreende aquele que razoavelmente atenta. As penas distinguiam-se em degraus mensurados pelos estamentos sociais, bem ao estilo feudal. A persecução dava-se pelas *inquirições devassas*, as quais podiam se desencadear através de três modos; quais sejam: (a) por uma *acusação*, documentada no auto de querela; (b) por uma *denúncia*, cuja nota era o caráter secreto corroborado pela dispensa de ser a documentada; (c) por *inquirição*, operada de ofício.

A regra era a de que apenas em caso de inquirição ouviam-se as testemunhas antes de proceder à citação do réu. Este era interrogado sob juramento, momento em que cabiam a *recolatio* (confissão) e a *confrontatio* (exigência feita pelo réu de que as testemunhas fossem inquiridas pelo juiz na sua presença). Posteriormente, abria-se ao réu oportunidade de defesa. Seguindo o espírito das *Ordonnances* francesas, a confissão era o objetivo precípua de todo do interrogatório, durante o qual se utilizavam dos tormentos com freqüência.

Quando da vigência das Ordenações Manuelinas, passaram a haver os seguintes tipos de desencadeamento de processos: querelas juradas, denúncias, e inquirições devassas. O recebimento das querelas condicionava-se a ao menos um testemunho e implicava na prisão do querelado; se o crime não fosse considerado grave, impedia que em 20 dias se cumulassem uma prova sumária como condição à prisão. Era necessário o juramento do querelado. Todas as sentenças definitivas e as interlocutórias irreparáveis eram sujeitas à apelação, sendo que em relação àquelas, constatada a inércia

¹⁴⁶ "ainda que os castigos cruéis não se opusessem [pois se opõem] diretamente ao bem público e à finalidade que se lhes atribui, a de obstar os crimes, será suficiente provar que essa crueldade é inútil, para considerá-la então odiosa, revoltante, em desacordo com a justiça e a natureza mesma do contrato social", (*Ibidem*, p. 16).

do defensor, o recurso operava-se de ofício. Os juízes que não julgassem conforme as Ordenações eram punidos: deparados com dúvidas no aplicar da lei, deveriam remetê-las ao Regedor da Casa da Suplicação.”¹⁴⁷

As Ordenações Filipinas¹⁴⁸ não inovaram essencialmente o conteúdo das que lhe antecederam; acresceram basicamente as leis extravagantes supervenientes, com vistas a mais coesas intelecções e aplicações do direito. Não obstante, são estudadas com mais minúcia em razão de serem os donatários quem diziam e desdiziam o direito em seus respectivos campos de atuação, na vigência das Ordenações anteriores no Brasil, fundamentados em *determinações regias* e nas *Cartas de Doação*.

Inicie-se pelo estudo das formas de desencadeamento da acusação. Quanto aos legitimados para as intentar, apenas aos delitos particulares havia restrição, a de que fosse promovida pela parte ofendida.

Através das querelas é que o ofendido, em crime particular, ou qualquer do povo¹⁴⁹, nos públicos, delatavam ao juízo competente um crime, o que se documentava no auto de querela. Fixava-se o prazo – decadencial, reflete PIERANGELI – de um ano, contado da data do fato para que as procedessem. Compunham-nas: (a) o juramento *de calúnia* ou *de malícia* do querelante (a parte ativa da querela devia jurar pela verdade da informação que prestava, sendo que comprovada a má-fé sujeitava-se ao pagamento das custas em dobro ou por quantas vezes decidisse arbitrariamente o julgador, o qual também gozava de poderes para determinar outras penalidades); (b) os nomes de quem querelava e era querelado; (c) o reconhecimento do querelante (parte ativa); (d) a indicação de no máximo três testemunhas; (e) o registro de quando e onde se afirmava ter o delito ocorrido; (f) o pagamento de caução, quando o autor fosse um popular.

¹⁴⁷ PIERANGELLI, *op. cit.*, p. 60.

¹⁴⁸ Conforme mencionado, DIAS faz lembrar que em 1536 a Inquisição instaurou-se em Portugal; entrelaçadas as noções de crime e pecado, de poder real e poder religioso, as Ordenações Filipinas como que adotaram naturalmente os procedimentos dos Tribunais Eclesiásticos, os quais, estudou-se, não mediam esforços para arrancar confissões. (DIAS, *op. cit.*, p. 64).

¹⁴⁹ A rigor não era todo o cidadão legitimado; havia proibições previstas em lei. (PIERANGELLI, *op. cit.*, p. 66).

Autuada a querela, a fase seguinte era a do *sumario de querela*, momento em que se ouviam as testemunhas (sob juramento) e consubstanciava-se o corpo de delito – procedimento indispensável, ao ponto de a confissão não o equivaler –, composto pelos testemunhos, por exames oculares e por demais elementos contextuais.

Havia, por outro lado, um mecanismo pelo qual crimes públicos previamente selecionados poderiam ser comunicados independentemente da identificação do autor ou de outras formalidades que não o juramento e a fiança, mas cobravam do autor as custas – o que leva a crer que não havia publicização de seu nome mas que havia registros – quando não demonstrada a culpa do imputado. Chamava-se de *denúncia* e faz-se análoga à *notitia criminis* contemporânea. Seguiam procedimentos investigatórios operados de ofício pelo juiz.

Vejam-se os mecanismos. *Devassas* eram perguntas não judiciais (pois dispensavam citação; mas que se jurisdicionalizavam pela *confrontacio* ou pela expressa concordância do réu ou em caso de prisão em flagrante) feitas com o fito de colher informações sobre as circunstâncias dos delitos. Desconhecida a autoria, procediam investigações *gerais* para apurar tudo o que fosse pertinente. Essas *devassas gerais* eram operadas por corregedores, por juizes ordinários (anualmente, logo que assumiam seus cargos), e por juizes de fora (os quais vinham às comarcas todo mês de janeiro de cada ano, daí a alcunha de *Janeirinhas*). Tendo-se por certa aparentemente a autoria, os juizes (competentes ordinariamente em razão do lugar do delito, ou àqueles que por comissão se atribuíssem) procediam as inquirições minudentes, denominadas *devassas especiais*.¹⁵⁰

Não há que se falar em direito ao silêncio pois os juizes utilizavam os tormentos no interrogatório de réus acusados de crimes graves. Em um primeiro momento, sua execução – que se fazia longe dos olhos do povo – dependia de decisão judicial (sujeita a recurso), cujo deferimento exigia a acusação escrita e a demonstração de fortes indícios.

¹⁵⁰ LOPES, *op. cit.*, p. 272 *et seq.*

Daí concluir PEREIRA:¹⁵¹

Outrossim, durante a vigência das Ordenações Filipinas, o privilégio contra a auto-incriminação não encontrou terreno propício ao seu desenvolvimento, o que fica explícito devido à característica inquisitorial da dita legislação. (...) O processo penal era usado como demonstração de força e como forma de manutenção do poder. Enfim, a atmosfera que circundava o processo criminal era incompatível com a liberdade necessária para o respeito ao privilégio contra a auto-incriminação e o direito ao silêncio.

2.1.8 O Direito ao Silêncio no Brasil Império

2.1.8.1 A Constituição de 1824

Segundo BECCARIA,¹⁵² enquanto escrevia *Dos Delitos e das Penas* os legisladores europeus já tinham percebido que a tortura era uma fraude, incapaz de garantir *Verdade*; limitavam-se, não obstante, “a considerar que as confissões dos acusados pelos suplícios são nulas se não estiverem acompanhadas pelo juramento. Se contudo, se recusar a confirmá-las, voltará a ser torturado.”

À figura de Dom Pedro I, entretanto, cabem elogios. Crédulo fiel dos princípios da razão iluminista, empenhou-se em os implementar em território nacional. Ao menos três diplomas por ele encampados são dignos de menção: a Constituição Imperial, o Código Criminal de 1830 e o Código de Processo Criminal de 1832.¹⁵³

Louvável a axiologia adotada pela Constituição de 1824, em cuja redação liberal pessoalmente empenhou-se o Imperador. (Lembre-se, todavia, do Quarto Poder – o Moderador –, escorregão evidente num salão de anfitriões iluministas). O artigo 159, *e. g.*, publicizava todos os atos processuais posteriores à pronúncia. Destaque também aos parágrafos do artigo 179 – cuja base eram a liberdade, a segurança individual e a propriedade, conquanto o *caput* excepcionasse escravos e estrangeiros – tais

¹⁵¹ PEREIRA, *op. cit.*, p. 65-6.

¹⁵² *Op cit.*, p. 34.

¹⁵³ PIERANGELLI, *op. cit.*, p. 97 *et seq.*

quais o 8.º (que garantia ao preso o conhecimento do motivo da prisão e dos nomes daqueles que o acusaram), o 11 (que nos seguintes termos encampava o princípio do devido processo legal: “Ninguém será sentenciado senão pela autoridade competente, por virtude de lei, e na forma por ela prescrita.”), o 19 (que abolia a tortura e as penas cruéis).

Estava tudo garantido mas, em cotejo com a realidade, não era implementado; com PEREIRA¹⁵⁴: “Quanto ao direito ao silêncio ou mesmo em relação ao privilégio contra a auto-incriminação, retórica e implicitamente foram assegurados com a proibição da tortura, mas, na prática, sua observância foi incompatibilizada pelas estruturas destinadas à manutenção do *status quo*.”

Quanto ao segundo diploma legal destacado, assevera PEREIRA¹⁵⁵:

O Código Criminal do Império Brasileiro (que vigorou até 1890) quando afrontado com as Ordenações Filipinas (incrustadas pelo modelo inquisitorial), representa significativo avanço na legislação pátria, embora conservasse em seu bojo traços do direito tradicional, agravados no Brasil por ser uma sociedade muito mais hierarquizada e discriminadora. Adota princípios de liberdade e igualdade mais na teoria que na prática, como se comprova com a observância do escravismo até quase o fim do século e com os reais privilégios sempre havidos na aplicação da lei.

Merece registro, ainda, a *Decisão* n.º 148, de 6 de outubro de 1828, que proibiu o conhecimento de crimes incertos através das devassas.

O Código de Processo Criminal de Primeira Instância, promulgado em 1832, tinha dispositivos de proteção aos direitos humanos e era de inspiração liberal-conservadora. Não há mais devassas¹⁵⁶. Agora, cidadãos com os quais a população local de cada distrito¹⁵⁷ travava relações estreitas é que se dedicavam à atividade instrutória: os juízes de paz¹⁵⁸, eleitos que eram simultaneamente aos vereadores, formavam a culpa dos acusados (parágrafo

¹⁵⁴ *Op cit.*, p. 91.

¹⁵⁵ *Idem*.

¹⁵⁶ LOPES, *op cit.*, p. 273.

¹⁵⁷ As províncias estavam administrativamente divididas em comarcas, termos e distritos.

¹⁵⁸ Esses juízes de paz reuniam-se em sessões públicas e periódicas denominadas *juntas de paz*, cuja competência era de rever, em nível recursal, certas decisões dos juizes de paz, os quais atuavam individualmente pelo período de um ano em seus respectivos distritos. (PIERANGELI, *op cit.*, p. 104).

4.º do artigo 12) nos Juizados de Instrução, enviando ao júri de acusação o processo em caso de conclusão pela procedência da denuncia ou queixa. Cometeu-lhes ainda, como órgão judiciário, dentre outras funções as de (a) julgar contravenções municipais (parágrafo 7º, 1ª parte, do artigo 12) e crimes punidos com penas leves¹⁵⁹ e (b) conceder fiança (art. 12, parágrafo 6.º) Responsabilizaram-lhes também, acometidos que foram por tarefas de polícia judiciária, pelo auto de corpo de delito (art. 12, parágrafo 4.º) e, na função de polícia administrativa, por vigiar (art. 12, parágrafo 1.º) e prender (art. 12, parágrafo 5.º) quem merecesse.¹⁶⁰

Os populares componentes do *Conselho de Sentença do Júri de Acusação* recebiam a denuncia ou a queixa instruída pelo juiz de paz e decidiam sobre sua admissibilidade, pronunciando ou impronunciando o réu. Naquele caso, competia ao *Júri de Sentença*, bem à moda inglesa, o julgamento do processo em si.¹⁶¹

Em substituição aos antigos juízes de fora, nomearam-se *juízes municipais* os quais, pois, exerciam jurisdição policial (3.º do art. 12), além de lhes acometer a concessão de habeas-corpus e a execução de sentenças e mandados dos *juízes de direito*.¹⁶²

Estes eram os únicos aos quais se exigiam formação técnica no curso superior de Direito, sendo nomeados em caráter vitalício, por decisão do Imperador, pelo que se desencadeavam vínculos estreitos¹⁶³ entre eles – que detinham poderes de supervisão sobre os demais juízes, extintos que estavam os antigos ouvidores – com o titular do Poder Moderador. Presidiam os procedimentos do Júri e, em grau recursal, afiançavam, prendiam ou concediam habeas-corpus.¹⁶⁴

¹⁵⁹ Entendidas as menores do que seis meses de prisão ou degredo; processavam-se sumariamente. (LOPES, *op cit.*, p. 273).

¹⁶⁰ PIERANGELI, *op cit.*, p. 105-106.

¹⁶¹ *Idem.*

¹⁶² *Idem.*

¹⁶³ Em que pese a inamovibilidade ser garantida, ressalvavam-se as hipóteses de promoção ao Tribunal de Relação e de, perceba-se a languidez da expressão, *exigência por utilidade pública* (art. 45).

¹⁶⁴ LOPES, *op cit.*, p. 273 e PIERANGELLI, *op cit.*, p. 105-6.

Quanto ao desencadeamento do processo, nesse tempo se fazia por denúncia do Ministério Público, em crimes públicos, ou por denúncia dos cidadãos (incluindo-se a própria vítima, que assumiria a parte principal da acusação quando o MP ainda não houvesse agido ou, tendo o MP intervido, como *auxiliar da acusação*¹⁶⁵); em crimes privados, desencadeava-se por queixa da vítima ou de seu representante legal; e, em quaisquer dos casos, de ofício pelo juiz de paz. Este era pelo Código incumbido de proceder a formação da culpa, o auto de corpo de delito, inquirir testemunhas sob juramento, lavrar auto circunstanciado do fato e mandar citar o suspeito.¹⁶⁶

Não era permitido oferecer denúncias ou queixas contra o Imperador, regra que engrossava as regalias¹⁶⁷ do Poder Moderador. Todos os demais cidadãos, desde que não se encontrassem em revelia – caso em que se excepcionava a regra da publicidade do processo –, seriam interrogados pelas autoridades responsáveis pelo auto de flagrante (art. 132), pelo juiz durante a fase da formação da culpa (no caso de surgirem informações nebulosas quando da oitiva das testemunhas; art. 142), pelo Presidente dos trabalhos dos júris de acusação (quando os testemunhos eram novamente tomados; art. 245) e de sentença (art. 259).

Em que pese inferir-se do princípio da presunção da inocência a face defensiva do interrogatório, na prática seu objetivo é extrair a confissão do réu; por mais que se exigisse para sua válida incorporação ao processo que não decorresse de tormentos ou quaisquer tipos de coação (art. 98), os magistrados incorriam em abuso, conscientemente ou não¹⁶⁸. Desde então a doutrina, tal qual Pimenta Bueno, conclamava aos magistrados para fazer do interrogatório, sobretudo, efetivo meio de defesa do acusado, evitando

¹⁶⁵ PIERANGELLI, *op cit.*, p. 111.

¹⁶⁶ *Ibidem*, p. 115-6.

¹⁶⁷ Outra é a *natureza* da impossibilidade de o fazer em relação aos parlamentares; por mais que dessas prerrogativas excluíssem-se os vereadores por suas manifestações oficiosas, estendem-se como *garantias* louváveis e imprescindíveis, essenciais aos apreços liberalistas.

¹⁶⁸ Daí se insistir na implementação da defesa ampla do acusado como um princípio. O advogado é tecnicamente preparado para enfrentar esse tipo de violência. Para tanto, impende que se garanta contato prévio e reservado com o defensor; do contrário, prejudicado inquestionavelmente estará o inquirido.

perguntas insidiosas ou ameaçadoras, bem como promessas rasas de absolvição, em troca de uma confissão, deveras falsa¹⁶⁹.

Conclui PEREIRA¹⁷⁰ que

não havia regramento contemplando a hipótese de o réu silenciar ou mentir (...). / As determinações do referido estatuto processual foram tomadas como extremamente favoráveis aos acusados, fruto do espírito liberal que o insuflava, levando-o a ser festejado pelo respeito aos direitos individuais e devido a isto, em tese, coadunar-se com o privilégio contra a auto-incriminação (especialmente devido a influência do direito inglês). Todavia, a evidente democratização processual alcançada com o modelo adotado pela legislação de 1832 não se fez sentir (infelizmente) em sua prática, principalmente por conta das deturpações, fruto principalmente da mentalidade dos juizes que, via de regra, tinham sua origem vinculada à velha estrutura das Ordenações Filipinas.

2.1.8.2 A reforma de 1841

À abdicação de D. Pedro I em 1831, seguiu um projeto frustrado de reforma constitucional, de contornos ultraliberais, republicanos, federalistas e presidencialistas. Todavia, emergiu dos debates infundáveis sobre o projeto um *Ato Adicional* descentralizador e democrático, cujas normas emendaram-se à preservada Constituição de 1824. Através dele permitiu-se que as Assembléias Provinciais legislassem sobre “organização civil, judiciária, eclesiástica, [além] de dispor sobre a instrução pública, desapropriação, funcionalismo e impostos.” Porém, pela *lei interpretativa de 12 de maio de 1840* a regra não mais valeria quanto à nomeação de funcionários públicos, incluídos os magistrados, demarcando um evidente retrocesso.

Novos ventos ressobiaram com força ao se aprovar, em 3 de dezembro de 1841, a *Lei n.º 261* e, em 31 de janeiro de 1842, o respectivo *Regulamento n.º 120*. Foram ventos robustecidos por um conservadorismo, cuja agudez apartou da população local os legitimados para as funções de polícia preventiva, repressiva, informativa e probatória. Centralizaram-nas em rija hierarquia – composta por, entre outros, inspetores de quartirão,

¹⁶⁹ BARROS, Antônio Milton de. A defesa do acusado e sua intervenção no interrogatório judicial. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 14, p. 132, abr./junh. 1996.

¹⁷⁰ *Op cit.*, p. 76.

subdelegados, delegados e chefes de polícia – cujo cume ocupava o Ministro da Justiça. Eram inúmeros cargos de livre nomeação e exoneração, pelos quais teias inóspitas à saúde sócio-política eram deliberadamente tecidas, com segurança.

Passa-se de um *judicialismo policial* a um *policialismo judiciário*. É o que se percebe pelas então funções da polícia judiciária (que pelo Código de Processo Criminal eram afetas aos juízes de paz): “proceder a corpo de delito; **expedir mandado** de busca e apreensão; prender os pronunciados; **julgar** os crimes dentro de sua alçada”¹⁷¹ e, concorrentemente com os juízes municipais, formar a culpa do acusado.

Perceba-se que

os dois primeiros interrogatórios (agora reduzidos a três) passaram para a competência da Polícia, a qual sistematicamente desrespeitava o mandamento legal de apenas qualificar o réu e ouvir as alegações do condutor e das testemunhas que estivessem acompanhando o flagrante. Verifica-se, assim, que as atribuições cometidas à Polícia de processar e julgar, associadas à inexistência de quaisquer garantias aos acusados, revelaram-se um terreno profícuo para a disseminação da corrupção e das pressões advindas dos poderosos (as oligarquias rurais). Assim é que as autoridades policiais durante os interrogatórios extrapolavam as determinações legais, extorquindo a confissão dos acusados.¹⁷²

Inviável, pois, silenciar.

Foram abolidas as juntas de paz; os juízes de paz permaneceram infinitamente tolhidos em seus campos de atuações. Em um movimento – que poderia parecer ingênuo, se traiçoeiro não fosse – retrocede-se ao confiar a nomeação de juízes municipais ao Imperador, cabendo também a ele e aos presidentes das províncias a suspensão daqueles. Privilegiaram-se os juízes de direito, por normas de maior número e importância. Robusteceu-se o MP, contudo por fundamentos distorcidos – objetivara-se, de fato, recrutar o maior número de denunciadores de revoltosos – os quais acabaram por macular seu pundonor, ao submeter sua nomeação ao Imperador e sua permanência às demais engrenagens políticas.¹⁷³

¹⁷¹ PIERANGELLI, *op cit.*, p. 141 [sem grifos no original].

¹⁷² PEREIRA, *op cit.*, p. 80.

¹⁷³ PIERANGELLI, *op cit.*, p. 141-3.

2.1.8.3 A reforma de 1871

Já nesses tempos os parlamentares brasileiros cometiam-se de tentativas insistentes e frustradas de reformas da normativa processual penal. Em 20 de setembro de 1871, vingara – enfim, mas não tão felizmente – um dos tantos projetos. Para uns, por apadrinhamento de José de Alencar, para outros, de Dom Pedro II, a Lei n.º 2033, cujo decreto 4824 regulamentou, a rigor resultou de um acordo político entre liberais e conservadores, alinhavado e arrematado pelo Visconde do Rio Branco.

Minimizam-se as atribuições de chefes de polícia, delegados e subdelegados, de forma a não mais permitir que se pronunciassem e julgassem.

No entanto, as contravenções e pequenos delitos continuaram sendo processados pelas autoridades policiais (art. 11 do Decreto 4824/1871), bem como restou aos Chefes de Polícia a atribuição para formar a culpa e pronunciar nos casos previstos no art. 60 do Regulamento n.º 120/1842, ou seja, quando da ocorrência de crimes graves que por suas peculiaridades para sua elucidação e punição dos culpados, exigissem a presença dos Chefes de Polícia nos Termos ou Comarcas que os convocassem (art. 12 do Decreto n.º 4824/1871).¹⁷⁴

Acertadamente, extinguiu-se o procedimento oficioso de formação da culpa, excepcionados os casos de flagrante, crimes policiais e de responsabilidade.

Outrossim, a peculiaridade tupiniquim foi incumbir à polícia o recém-criado inquérito policial, cujas secretas investigações – inacessíveis à defesa, pelo que se inviabiliza o contraditório e o privilégio contra a auto-incriminação – devem dar conta de reunir todos os elementos capazes de elucidar as circunstâncias dos fatos aparentemente típicos dos quais tiverem conhecimento, inclusive através do interrogatório.

Uma das fases em que é permitido fazer perguntas ao indiciado é durante o inquérito policial (desde 1871, subsistindo no artigo 6º, V, do CPP atual). Pelo Decreto nº 4824/1871, nos artigos 39 nº 4º, e 42 nº 3, em consonância com o artigo 132 do Código de Processo Criminal de Primeira Instância, as perguntas deveriam ser feitas

¹⁷⁴ PEREIRA, *op cit.*, p. 81-2.

como diligência do inquérito, podendo ocorrer em caso de flagrante delito, ou ainda antecedendo ou complementando o corpo de delito. As respostas (ou a confissão) do indiciado deviam ser tomadas como um indício, carecendo de comprovação por outros meios. Nessa fase, apesar de seu cunho inquisitorial, a legislação não centrava a prova exclusivamente na confissão (embora a tortura praticada em segredo continuasse buscando sua incidência). Inexiste nessa legislação disposição regulando a hipótese da negativa do indiciado em responder.¹⁷⁵

Por conseguinte, a reforma de 1871 abaixa a temperatura da caldeira em que borbulham as arbitrariedades sem, entretanto, deixá-las esfriar. Com a tampa fechada, cozinham-se investigações sigilosas, que são servidas como prato principal ao Conselho de Sentença, no banquete do Júri. Nesse, o cardápio chega viciado, eis que vão incluídas disfarçadamente em todas as opções do *menu*. É basicamente esse o modelo que se mantém até o presente momento.

2.1.9 O Direito ao Silêncio no Brasil Republicano

Na nova ordem instaurada pela Constituição de 1891, o direito ao silêncio não foi explicitado, mas se entende que o privilegio contra a auto-incriminação está implícito no princípio da ampla defesa. Todavia, não existia implementação prática, eis que "...apesar da abolição da escravidão, a sociedade caracterizava-se por desigualdades profundas e pela concentração do poder. Nessas circunstâncias, o liberalismo adquiria um caráter de consagração da desigualdade, de sanção da lei do mais forte."¹⁷⁶

Ainda pela Constituição de 1891, competiu-se implicitamente aos Estados-membros¹⁷⁷ a legislatura em matéria processual penal, do que avulta uma diversidade de entendimentos justo sobre o que se historicamente¹⁷⁸ entende ser necessário unificar. Nem todos os Estados fizeram uso daquela prerrogativa constitucional. Destaca-se, entretanto, a iniciativa vanguardista do

¹⁷⁵ PEREIRA, *op cit.*, p. 84.

¹⁷⁶ CARVALHO, José Murilo de. *A formação das almas: o imaginário da república do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 1990, p. 25.

¹⁷⁷ Art. 34, parágrafo 23.

¹⁷⁸ É o contrário do que ocorre no common law, onde o povo diz sobre o direito material e a União concentra o aparato processual, o que obstrui certas gambiarras antidemocráticas. (Anotações de aula desta acadêmica, em 30.09.04).

Distrito Federal ao publicar, em 5 de fevereiro de 1925, o Decreto n.º 16.751, seu Código de Processo Penal, cujos dispositivos não extirpam (por ser infactível) a investigação preliminar, da qual emana um inquérito policial ao qual não se tem acesso em momento posterior ao oferecimento da denúncia ou queixa. Permanece em cartório, lacrado, apartado dos autos e do contato com o juiz ou os jurados.¹⁷⁹ Era imprescindível à condenação do réu que se provasse sua culpa através de provas produzidas no processo, substancializando-se, assim, o contraditório. PIERANGELI¹⁸⁰ relata apenas uma dentre as subcomissões incumbidas da reforma desse Código, do que se impende o desconforto que deve ter impelido.

Os ânimos foram acalmados pelo dispositivo constitucional de 1934 (art. 5.º, XIX), desde quando não mais se alterou a competência privativa da União de legislar em sede processual.

A Constituição de 1934, filha que foi do golpe de 1930, garantiu apenas formalmente os direitos individuais oriundos de 1891 — inclusive através do princípio da ampla defesa —, assim, não há que pensar na possibilidade de exercer o direito ao silêncio com segurança, sem represálias. Era tempo de um autoritarismo cuja Constituição *Polaca* de 1937 coroou.

Em 1946, ares democráticos foram trazidos pela Constituição de 18 de setembro, cujos dispositivos consignavam direitos individuais. Foi apenas um fôlego breve, para que fosse possível tentar suportar o afogamento capital da cidadania operado pela ditadura militar que se imporia longamente. São de sua lavra a Constituição de 1967 e a Emenda Constitucional n.º 1 de 1969¹⁸¹, cujas normas não se implementavam juridicamente em razão dos *Atos Institucionais*. O de número 5, de todos o mais radical, estilhaçava explicitamente as liberdades civis.

¹⁷⁹ Anotações de aula desta acadêmica, em 30.09.04.

¹⁸⁰ *Op. cit.*, p. 166.

¹⁸¹ Os parágrafos 15 e 16 do artigo 153 contemplavam os princípios da ampla defesa e do contraditório. (BARROS, *op. cit.*, p. 135). "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: (...) § 15. A lei assegurará ao acusados ampla defesa, com os recursos a ela inerentes. Não haverá fôro privilegiado nem tribunais de exceção. § 16. A instrução criminal será contraditória, observada a lei anterior, no relativo ao crime e à pena, salvo quando agravar a situação do réu."

O direito ao silêncio e o privilégio contra a auto-incriminação não constaram explicitamente dos textos constitucionais anteriores a 1988. Embora implicitamente estivessem assegurados, verifica-se, principalmente pelo conturbado contexto político apresentado, que sua práxis não passou de utopia. A história política e jurídica de nosso país demonstra que, não obstante as profundas modificações de governo e de regime estabelecidos, os mesmos grupos ou pessoas obstinadas pelo poder (os velhos atores) inviabilizaram o usufruto desse direito, por considerá-lo incompatível com sua ânsia de dominação¹⁸².

2.1.9.1 Algum contato com o Código de Processo Penal de 1941

De inspiração totalitária, bem à moda do CPP italiano de 1930, sobrepunham-se no CPP de 1941 os interesses repressivos do Estado aos direitos individuais fundamentais. A par da imanente superioridade do aparato estatal perante o cidadão que se acusa, impressiona o modo pelo qual a *Exposição de Motivos* do CPP lida com a questão. A começar, pasme-se, pelo mandamento de restrição do princípio da presunção de inocência: “É restringida a aplicação do in dúbio pro reo”, afirma, sem cerimônia. Segue considerando os direitos individuais exorbitantes, exagerados, falseados: “Urge que seja abolida a injustificável primazia do interesse do indivíduo sobre o da tutela social. Não se pode continuar a contemporizar com pseudodireitos individuais em prejuízo do bem comum.” Perceba-se o quão louváveis se podem fazer parecer tais exortações. O motivo pelo qual se comprimem os direitos públicos subjetivos, sem resquício algum de avexamento, é empunhado pelos que se ufanam de ser autênticos salvadores da pátria. Com filáucia, erguem as bandeiras do bem comum, da ordem pública, da defesa social, razões que são tão docilmente adaptáveis, para o pesar da cidadania e ao bel-prazer de quem as hasteia.

¹⁸² PEREIRA, *op. cit.*, p. 96.

2.2 DOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS

2.2.1 O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

O termo “dignidade” é de origem latina; significa honra, virtude, consideração. O alcance da palavra varia de sociedade para sociedade ao longo do tempo, não sendo possível conceituá-lo definitivamente. Com CANOTILHO:

A densificação dos direitos, liberdades e garantias é mais fácil do que a determinação do sentido específico do enunciado dignidade da pessoa humana. (...) Quanto à dignidade da pessoa humana, a literatura recente procura evitar um conceito fixista, filosoficamente sobrecarregado (dignidade humana em sentido 'cristão e/ou cristológico', em sentido 'humanista-iluminista', em sentido 'marxista', 'em sentido sistémico', em sentido 'behaviorista').¹⁸³

KANT¹⁸⁴ contrapõe o valor dignidade àquilo que se pode atribuir quantificação pecuniária: “No reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente, mas, quando uma coisa está acima de todo preço, e, portanto, não permite equivalente, então tem ela dignidade”.

Por conseguinte, dignidade é algo indisponível, que não tem preço, como a vida, a personalidade e o afeto. Com MORAES¹⁸⁵:

A dignidade é um valor espiritual e moral, inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.

Quando os seres humanos reconhecem-se uns nos outros e tratam-se de acordo com a dignidade que lhes é comum emergem, conseqüentemente, uma série de noções, dentre as quais se pode enquadrar a inexigibilidade de

¹⁸³ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6ª ed., Coimbra: Almedina, 1993, p. 363.

¹⁸⁴ KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, trad. Paulo Quintela, Lisboa, Ed. 70, 1986, p. 77.

¹⁸⁵ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 5ª ed., São Paulo: Atlas, p. 66.

auto-incriminação. Sob as peculiaridades de sua época, VERRI assim expressa-se sobre a questão:

Se é injusto que um irmão acuse criminalmente o outro, com tanto mais razão será injusto e contrário a voz da natureza que um homem se torne acusador de si mesmo e que as duas pessoas, a do acusador e a do acusado, se confundam numa só. A natureza inscreveu no coração de cada um a lei primária da autodefesa, e a ofensa contra si mesmo e a acusação criminal da própria pessoa constituem ou um ato de heroísmo, quando realizado espontaneamente em alguns casos, ou uma tirania da maior injustiça se, à força de maus-tratos, se quiser obrigar um homem a tanto.¹⁸⁶

O valor dignidade humana foi adotado como fundamento da República pela Constituição de 1988. Para resguardá-lo instituíram-se uma série de direitos e garantias, dentre os quais o de permanecer calado. Oportunizar o direito ao silêncio significa contribuir com o tratamento digno da pessoa humana, na medida em que reitera a necessidade de se presumir a inocência do cidadão, garantindo-lhe que entre quaisquer acusações e a aplicação de penas haverá um processo que lhe assegure defesa ampla e contraditória aos passos da acusação, a quem se incumbe de provar a culpa.

2.2.2 O Princípio da Presunção de Inocência

Tratado no ano de 1988 pela primeira vez de forma explícita em uma Constituição brasileira, o princípio da presunção da inocência significa – ensina MACHADO¹⁸⁷ – que “o acusado é culpado apenas e tão-somente após o trânsito em julgado da sentença criminal condenatória, nos exatos limites desta; até então, até a condenação transita em julgado, a presunção de inocência se embaralha e se apóia no princípio processual criminal do *in dubio pro reo*: a prova não definitiva ou duvidosa trabalha em favor do acusado”.

Filho dos empenhos libertários da Revolução Francesa,¹⁸⁸ é conquista que em 1791 foi escrita em norma jurídica, contemplada originariamente pelo artigo 9.º da *Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão*¹⁸⁹.

¹⁸⁶ VERRI, *op. cit.*, p. 97.

¹⁸⁷ MACHADO, *op. cit.*, p. 37.

¹⁸⁸ *Idem* e DIAS, *op. cit.*, p. 67.

¹⁸⁹ DIAS, *op. cit.*, p. 67.

Cabe mencionar o ano de 1948, quando a Organização das Nações Unidas dela tratou através da sua *Declaração Universal dos Direitos Humanos*¹⁹⁰.

O modo pelo qual se relacionam os princípios da presunção da inocência e da dignidade da pessoa humana é dos mais íntimos. Ilustre-se com a perspicaz observação de DALLARI no prefácio de *Observações Sobre a Tortura* de Pietro Verri:

como fica evidente em várias passagens da obra de Verri, havia a crença em que juízes mais cultos seriam menos cruéis, pois o desenvolvimento da razão deveria levar ao reconhecimento da dignidade da pessoa humana. Pode-se dizer que já se enuncia a idéia da presunção de inocência do acusado, em lugar da presunção de culpa que servia de justificativa para a tortura, como bem registra Michel Foucault em *Vigiar e Punir*.¹⁹¹

Continua DALLARI: “Cabe ainda assinalar que na obra de Verri é denunciado com extraordinária eloquência o equívoco – às vezes produto da malícia, outras de crença ingênua – de afirmar que a confissão do acusado elimina qualquer dúvida quanto à sua culpa.”¹⁹²

Presumindo-se a inocência, é a prova da culpa do suspeito que se admite. Incumbe à acusação, percebe-se, o ônus da prova, sendo-lhe inadmitido exigir do acusado que colabore consigo. “O direito ao silêncio relaciona-se com a presunção de inocência na medida em que esta impede que o exercício daquele seja interpretado em desfavor de quem o exerce.”¹⁹³ É justo este o ponto central da interseção entre a presunção da inocência e o direito ao silêncio.

A acusação deve proceder àquela prova segundo o rito disposto em lei. A lei deve ser prévia ao caso penal em exame, como garantia de que o réu terá um julgamento justo. Suas normas devem oportunizar, passo a passo, manifestação ampla e efetiva da defesa. O escopo é o de respeitar e promover

¹⁹⁰ CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de. *O processo penal em face da Constituição*. 2. ed. reesc. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 95.

¹⁹¹ DALLARI, Dalmo de Abreu. In: VERRI, *op. cit.* (prefácio), p. XIX.

¹⁹² *Idem.*

¹⁹³ MOURA; MORAES, *op. cit.*, p. 138. No mesmo sentido: MÉDICI, Sérgio de Oliveira. Interrogatório do réu e direito ao silêncio. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 694, p. 307, ago. 1993.

a dignidade da pessoa humana. Com AZEVEDO¹⁹⁴: “O direito à defesa e o contraditório, como adverte Illuminati, estão resumidos no princípio da presunção de inocência, a tutelar imediatamente o acusado e mediatamente a correção da atividade jurisdicional, possibilitando o justo processo.” Nessa esteira, passa-se ao estudo de mais um elo a compor a fundamentação jurídica do direito ao silêncio.

2.2.3 O Princípio do Devido Processo Legal

É peculiar à concepção liberal de Estado de Direito – característica também do Estado Democrático de Direito – atribuir-se o poder-dever de aplicar sanções penais previamente instituídas em lei exclusivamente à função jurisdicional. Com DIAS¹⁹⁵, “a verificação do crime e a aplicação da sanção só podem ter lugar em processo, i. é, através de procedimento judicial fixado: *nulla poena sine processu (sine iudicio)*. Não apenas, portanto, legalidade dos crimes e das penas, mas legalidade da inteira repressão”.

Portanto, além dos tipos penais, o *processo* pelo qual se julgam os cidadãos deve igualmente estar *antevisto em lei*. Não é só: suas *normas* devem ser intrinsecamente *justas* e compatíveis com os preceitos constitucionais. São, respectivamente, as perspectivas formal e substancial do *due process of law*.¹⁹⁶

O devido processo *penal* – denominação preferível, quiçá, ao originário *legal*, pois transita-se em território criminal especificamente¹⁹⁷ - impõe-se como direito fundamental do homem frente à persecução penal do ente estatal. É através do direito ao devido processo que o tratamento digno à pessoa humana vem garantido ao lhe proporcionar os direitos à ampla defesa e à contraposição de cada um dos fatos apresentados. Os princípios da ampla

¹⁹⁴ AZEVEDO, David Teixeira. *O interrogatório do réu e o direito ao silêncio*. Revista dos Tribunais, São Paulo. V. 682, p. 289, ago. 1992.

¹⁹⁵ *Op. cit.*, p. 77.

¹⁹⁶ TUCCI, *op. cit.*, 64-65.

¹⁹⁷ *Ibidem*, p. 69.

defesa e do contraditório emergem, assim, corolários ao princípio do devido processo legal.

A dificuldade de conceituar o devido processo legal comporta, a rigor, relativa vantagem, já que é capaz de evitar uma possível petrificação de seu significado, por si prejudicial e incompatível com a função de um princípio. *Fluido* é o adjetivo escolhido por SUANNES¹⁹⁸ para acompanhar o conceito de devido processo legal porque o seu significado “aumenta ou diminui ao sabor do momento histórico”.

Certo é, porém, que as normas do devido processo legal o contornam de modo a exigirem a garantia da promoção de uma *equidade procedimental*¹⁹⁹. Significa, constatada a disparidade das posições de onde partem acusador e acusado²⁰⁰, – visto que desde o início das atividades goza o Estado de um complexo de prerrogativas, dentre as quais de um aparato investigatório cujos atos, teoricamente inofensivos, não raro servem de supedâneo à fundamentação de uma decisão condenatória – a necessidade de se as reequilibrar. Do contrário, ter-se-ia por iníqua a disputa travada entre cidadão e governo²⁰¹.

Por princípio do devido processo legal se entende o direito do cidadão de ter estatuído em lei (vigente, elaborada regularmente e promulgada), um procedimento destinado à investigação, à instrução e ao julgamento de fato tido como penalmente relevante.²⁰² As normas componentes desse procedimento, por sua vez, devem dignificar a pessoa humana: devem presumi-la inocente e oferecer-lhe meios efetivos de defesa, dentre os quais enquadram-se tanto o direito de contradizer cada um dos elementos trazidos aos autos, quanto o direito de se calar frente às acusações que lhe fazem.

Significam defesa efetiva, porém, desde que se tome (a) como dever exclusivo da acusação a prova da culpa do agente e (b) como dever do órgão

¹⁹⁸ *Op. cit.*, p. 105.

¹⁹⁹ SUANNES, *op. cit.*, p. 102.

²⁰⁰ MAIER, Júlio B. J. *Derecho Procesal Penal Argentino*. Buenos Aires: Hamumurabi S. R. L., 1989. t. 1, v. b, p. 347 *et seq.*

²⁰¹ SUANNES, *op. cit.*, p. 105.

²⁰² TUCCI, *op. cit.*, p. 64 *et seq.*

jurisdicional julgá-lo inocente, quando ausente a prova. Dentre as normas de um processo devido e dignificante não se podem admitir aquelas que disponibilizam mecanismos que exigem do cidadão a colaboração na descoberta da verdade, quanto mais de auto-incriminação²⁰³. Ao contrário: devem tais normas proporcionar a manifestação do cidadão a cada etapa do procedimento, permitindo que contradiga o que lhe imputam, e oportunizar-lhe meios tão aptos quanto os da acusação, em nome de sua efetiva defesa²⁰⁴.

Cabe ao processo garantir ao réu um julgamento justo²⁰⁵. Diz-se que um processo tem que ser *devido* no sentido de que “as cláusulas que o caracterizam devem ser obrigatoriamente observadas, não pelo réu, mas pelo Estado, na pessoa de quem o representa no processo, para que o julgamento do réu seja um fair trial”.²⁰⁶

Basicamente, a noção mais elementar de fair trial, de processo (ou, mais adequadamente, de julgamento) justo, aplicado à atuação do juiz criminal, implica na idéia de que uma condenação somente pode sobrevir após ter sido dada ao acusado a **oportunidade de ser ouvido e de apresentar sua versão dos fatos**. Mais: que na instrução do feito sejam conservados certos **cuidados que dizem com a dignidade do ser humano**. É esse seu fundamento ético [sem grifos no original].²⁰⁷

Contemplam-se, na seqüência, os princípios do contraditório e da ampla defesa, corolários ao devido processo legal.

2.2.4 O Princípio do Contraditório

O princípio da isonomia vem tratado pelo processo penal de forma peculiar quando obriga – através do princípio do contraditório – que seja dada

²⁰³ As normas jurídicas que tratam do processo são valoradas. Não basta que sua confecção esteja de acordo o rito legislativo. Há que serem *justas* para qualificarem-se de normas *substancialmente* engajadas ao devido processo legal. (TUCCI, *op. cit.*, p. 65 e ANDRADE, *op. cit.*, p. 120).

²⁰⁴ Assegurar a paridade de armas é, com TUCCI, a segunda das três funções básicas do devido processo legal; a primeira consiste em apenas através do processo as normas se aplicar e a terceira, em se as adequar substancialmente. (*Op. cit.*, p. 64 *et seq.*)

²⁰⁵ O due process “...é, ao fim e ao cabo, um conjunto de garantias cuja observância é necessária para que o julgamento do acusado seja justo, para que o réu tenha um fair trial” (SUANNES, *op. cit.*, p. 105).

²⁰⁶ *Ibidem*, p. 147.

²⁰⁷ *Ibidem*, p. 133.

ciência às partes de cada um dos atos e termos processuais para lhes oportunizar contraposição igualitária.²⁰⁸

Por princípio do contraditório entende-se, pelos ensinamentos de COUTINHO²⁰⁹, a “necessidade de se dar às partes a possibilidade de exporem suas razões e requerem a produção das provas que julgarem importantes para a solução do caso penal.” No mesmo sentido, DIAS:

Cabendo ao juiz penal (...) cuidar em último termo do conseguimento das bases necessárias à sua decisão, não deve ele, todavia, levar a cabo sua atividade solitariamente, mas deve para tanto *ouvir* quer a acusação quer a defesa. É este, *prima facie*, o sentido e o conteúdo do *princípio do contraditório*, tradução moderna das velhas máximas *audiatur et altera pars* e (com especial atenção ao papel da defesa, historicamente o que mais vezes foi esquecido e alvitado) *nemo potest inauditum damnari*.²¹⁰

Decorre do princípio do contraditório o entendimento do processo como um colóquio (diálogo) operado entre acusação, defesa e juiz. Não basta, todavia, uma defesa qualquer: exige que o argüido conte com um *direito* de defesa *efetivo* e *consistente*. Há, ainda, um terceiro requisito elementar para a configuração do contraditório: as partes devem ser efetivamente consideradas durante todo o decorrer do processo, o que não se coaduna com a usual etapa pela qual se pode iniciar o processo penal de muitas legislações, cuja *instrução preparatória* caracteriza-se pelo caráter secreto, escrito e não contraditório²¹¹. Com Azevedo²¹²: “É o contraditório entendido como a ciência bilateral dos atos processuais e a possibilidade efetiva, real, de contrariá-los.”

Perceba-se o dano imediato sobre a presunção de inocência em decorrência de um desequilíbrio na relação dialética que se deve estabelecer. Com AZEVEDO:

O contraditório une-se visceralmente ao princípio da presunção de inocência, posto a violação deste último importar na assunção, ao réu, do ônus de provar, instaurando a dialética processual em seu desfavor. Aliás, como já observou Gomes Filho, já não será tão apenas inversão do ônus da prova, mas verdadeiro deslocamento de seu

²⁰⁸ COUTINHO, *Introdução aos...*, p. 187.

²⁰⁹ *Idem*.

²¹⁰ *Op. cit.*, p. 149.

²¹¹ *Ibidem*, p. 150-1.

²¹² *Op. cit.*, p. 288.

objeto: ao invés do acusador ter de provar a imputação, o acusado é que deverá provar a desculpa.²¹³

Em que pese hoje ser acolhido com bastante naturalidade e invocado com frequência pelos ordenamentos jurídicos, o conteúdo do princípio do contraditório é facilmente esvaziável, sendo necessário o desenvolvimento de um trabalho sério voltado à uma caracterização menos abstrata²¹⁴. Vai daí que DIAS encampa a tendência moderna de o tratar de modo substancialmente autônomo, através da enunciação *do princípio ou do direito de audiência*, que significa, com o autor: “oportunidade conferida a todo o participante processual de influir, através da sua audição pelo tribunal, no decurso do processo.”²¹⁵

Em busca do fundamento jurídico direto do princípio da audiência – esclarecido que não foi explicitamente incluído dentre os dispositivos constitucionais portugueses (nem dentre os pátrios), restando-lhe o arcabouço ordinário ou até o intraprocessual – o mestre lusitano retoma os estudos de Baur e de Goldschmidt, segundo os quais estaria a expressar um *direito à concessão de justiça*.²¹⁶ Arremata, em seguida, nos seguintes termos: “o ‘direito à concessão de justiça’ é só a contraface daquele ‘monopólio estadual da função jurisdicional’ que varias vezes mencionamos já; e ele conduz, em verdade, à consideração processual das pessoas, não como objetos das decisões jurídicas, mas como participantes da própria criação destas.”²¹⁷

Trata-se, pois, de um direito subjetivo público (oponível ao Estado) de cada cidadão, seu titular, de ser ouvido perante um tribunal, em decorrência de ser parte em um processo judicial. (Bem aqui entendido por *titular* não restritamente o argüido, mas cada uma das pessoas em relação às quais o magistrado tenha que proferir decisões cujo conteúdo lhes afete). Frise-se que além de configurar um direito, expressa-se como norma objetiva de garantia

²¹³ *Ibidem*, p. 290.

²¹⁴ DIAS, *op. cit.*, p. 151.

²¹⁵ *Ibidem*, p. 153.

²¹⁶ *Ibidem*, p. 155.

²¹⁷ *Ibidem*, p. 155-6.

da eficaz possibilidade de sustentar suas razões, denotando a influência que exerce sobre as decisões de seu direito durante todo o curso do processo²¹⁸.

Pelo contraditório lhe é dado tanto agir quanto, em silêncio, aguardar.

O direito ao silêncio conecta-se à regra do contraditório real e efetivo, na medida em que, para o pleno exercício daquele, não é suficiente a ciência formal da acusação, mas a perfeita compreensão do imputado dos termos e da extensão e conseqüências da incriminação. Somente tendo a consciência perfeita do que lhe está sendo imputado poderá o interrogado saber se lhe é conveniente falar ou calar, produzir ou não determinada prova ou, ainda, praticar ou não atos lesivos à sua defesa.²¹⁹

2.2.5 O Princípio da Ampla Defesa

Conceder aos cidadãos acusados de infrações criminais o direito de se defenderem é por si uma conquista histórica. O direito de defesa pode ser a vitória (a depender, claro, do tratamento que a ela se dê) do tratamento digno do acusado como pessoa humana que é, em derrocada das práticas repugnantes de abuso do poder por quem quer que estivesse incumbido de o exercer.

Oportunizar defesa ao arguido não significa apenas conceder-lhe oportuna e reiteradamente a palavra; compõe-lhe, igualmente, o direito de silenciar. Tendo em mente o dever incumbido à acusação de fazer prova da culpa, desfazendo a relativa presunção de inocência, trata-se de *opção*²²⁰ a ser tomada sob a orientação de advogado. Indispensável, por óbvio, que se garanta ao arguido consulta prévia e reservada ao defensor, independentemente da fase de abordagem criminal por agentes estatais que estiver em trânsito²²¹.

²¹⁸ *Ibidem*, p. 158.

²¹⁹ MOURA E MORAES, *op. cit.*, p. 138.

²²⁰ A valoração dessa opção que ao arguido é garantida é problemática das mais graves. Em que pese as decisões judiciais não poderem ser fundamentadas nessa opção, os magistrados não se policiam para excluí-la da formação de seu convencimento. O termo opção denota perigo nesse contexto. Há que ser cuidadosamente compreendido e empregado para evitar conotações prejudiciais ao arguido, às quais os magistrados rendem-se, não raro, sem querer.

²²¹ DIAS, *op. cit.*, p. 250.

Há uma série de direitos que compõem, em conjunto, o que se pretende com o princípio da ampla defesa. Dentre eles estão direitos como: o de ter ciência tempestivamente de tudo o que se passa no processo, o de se manifestar em relação a cada andamento, o de se abster, o de produzir prova e o de recorrer²²².

A doutrina refere-se aos aspectos positivo e negativo da ampla defesa. Enquanto naquele utilizam-se todos os instrumentos e meios lícitos de comprovação, esclarecimento e confrontação concernentes à materialidade e à autoria da infração, neste – que não significa, exalte-se, a ausência de defesa – opta-se pela não produção de elementos de prova, a insistir-se que dela cuide a acusação. É o que se passa com o exercício do direito ao silêncio – visto como vetor de uma defesa descompromissada com verbalizações que afirmem, neguem ou contradigam – especialmente quando perante a inexistência de um esboço de prova.²²³

Dotar-se o argüido da prerrogativa de calar indica, *a priori*, considerá-lo sujeito do processo. É que, nos tempos em que os acusados eram assumidamente torturados, ou não lhes admitiam recusa à resposta das indagações oficiais²²⁴, ou ainda quando eram submetiam às ordálias, aos duelos ou aos juramentos – sempre com o objetivo de se obter a *redentora* confissão²²⁵ – estavam sendo tratados como reles objetos da investigação, destituídos, pois, de vontades, valores, respeitabilidade. O ideal revolucionário típico do século XIX operou reformas processuais para que se considerasse o argüido como sujeito, que tem ao seu dispor a garantia de um efetivo direito de defesa²²⁶.

²²² Segundo AZEVEDO: “A ampla defesa no processo penal, compreendidos os recursos a ela inerentes, significa a plena e completa possibilidade de o réu produzir provas contrastantes à da acusação, com ciência prévia e integral do conteúdo da acusação, comparecendo participativamente nos atos processuais, representado por defensor técnico, sempre assegurada a paridade de armas”. (*Op. cit.*, p. 290).

²²³ *Ibidem*, p. 290-1.

²²⁴ Lembre-se, conquanto, de que hoje há exames, perícias e colaborações que podem denotar um caráter obrigatório, ainda que de forma relativamente velada.

²²⁵ DIAS, *op. cit.*, p. 429.

²²⁶ *Idem*.

Para além da pretensão de traçar limites ao poder estatal com o direito de defesa, tratou-se de “corresponder à idéia, finalmente adquirida por uma consciência jurídica mais desperta, de que não há verdade material onde não tenha sido dada ao argüido a mais ampla e efetiva possibilidade de se defender da suspeita que sobre ele pesa, onde, numa palavra, não tenha sido conferida ao argüido a proteção do direito”²²⁷.

²²⁷ *Ibidem*, p. 429.

3 O DIREITO AO SILÊNCIO NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA DE 1988

O direito ao silêncio é direto e garantia fundamental do homem. Encontra-se explicitamente positivado no inciso LXIII do art. 5.º da CR, o qual se situa no Capítulo dos *Direitos e Deveres Individuais e Coletivos*, por sua vez inserido no Título II, *Dos Direitos e Garantias Fundamentais*.

SILVA²²⁸ concebe os direitos individuais como “direitos fundamentais do homem-indivíduo, que são aqueles que reconhecem autonomia aos particulares, garantindo a iniciativa e independência aos indivíduos diante dos demais membros da sociedade política e do próprio Estado.”

A noção de direito individual é típica do liberalismo clássico, que os tinha por inatos ao homem, absolutos e definitivos. Esses direitos são, entretanto, circunstanciais²²⁹. É que os direitos não nascem todos de uma vez; originam-se de momentos durante os quais o aumento do poder do homem sobre o homem cria novas ameaças às liberdades dos indivíduos ou permite novos remédios para sua indignação²³⁰.

Parece mais adequado, nas circunstâncias específicas de um Estado Democrático de Direito, fixar-se o direito ao silêncio como um direito humano fundamental, concebido por SILVA²³¹ como “limitação imposta pela soberania popular aos poderes constituídos de Estado que dela dependem”. Parece tanto mais conveniente por, ao se fundarem na soberania popular, evidenciarem sua construção e mutabilidade histórica, além do sentido transformador do *status quo*, caractere típico do Estado Democrático de Direito. Recorde-se, apenas, que o fato de serem constituídos e recicláveis não

²²⁸ *Op. cit.*, p. 194.

²²⁹ MORAIS, José Luiz Bolzan de. *Do Direito social aos interesses transindividuais: o Estado e o Direito na ordem contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996. p. 28.

²³⁰ O direito ao silêncio vem sendo assegurado também em âmbito internacional, eis que compreendido como direito humano fundamental. Destaque aos pactos internacionais de segunda metade do século XX. Foi consignado pelo art. 14, incisos II e III, *g* do Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos, o qual em 16.12.66 a Assembléia Geral da ONU aprovou (“In the determination of any criminal charge against him, everyone shall be entitled to the following minimum guarantees, in full equality: not to be compelled to testify against himself, or to confess guilt”). Igualmente o art. 8.º, II, *g* da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) adotado para os Estados Americanos em 22.11.69 e vigente no Brasil desde 25.9.92. (MOURA; MORAES, *op. cit.*, p. 135).

²³¹ *Op. cit.*, p. 182.

implica em lhes minimizar a relevância ou enquadrar numa categoria de descartáveis. Significa, bem ao oposto, serem fruto de empenhos seculares por parte da humanidade, esforço cujo valor se opta deliberadamente por cultivar e renovar²³².

Por Estado Democrático de Direito entende-se aquele que se institui validamente e cujo poder é exercido pelo povo. O sentido contemporâneo do termo democracia refere-se *tradicionalmente* a um modelo capaz de se opor a tudo o que hoje se pode abarcar no termo ditadura²³³. O governo do Estado pelo povo *seria* fórmula hábil para evitar as mais diversas modalidades de abuso do poder estatal, por parte de um ou poucos que o poderiam exercer. É noção que *convulsiona* depois de uma virada epistemológica que permite, por exemplo, intervenções que restringem a soberania estatal sob a fundamentação retórica de garantir o governo democrático pelo povo. A par dessa nova realidade, na concepção moderna de Estado Democrático utiliza-se o núcleo político do Estado Liberal, em que todos os cidadãos são iguais perante a lei, lei essa que se aplica inclusive – e, nesse modelo, principalmente – aos representantes do povo, eleitos que são com a finalidade de exercer o poder de forma a *materializar* – e aqui o núcleo advém do modelo *social* de Estado, conseqüente ao pós-primeira Grande Guerra – os objetivos constitucionalmente selecionados.

Ademais, estrutura-se o Estado Democrático com o propósito de proteger o cidadão²³⁴ – e aqui novamente em adesão ao núcleo do Estado Liberal – das arbitrariedades que se podem larga e facilmente cometer através

²³² SUANNES, ao criticar a difundida noção de *gerações* dos direitos humanos, assevera: “Longe de ondas sucessivas, essas ‘gerações’ indicam momentos históricos nos quais alguns dos aspectos do mesmo tema – a dignidade humana – mereceu alguma atenção especial”. Lembra-se de Perelman, para quem a vida moral e a do direito supõem regras e preceitos que se devem constantemente repensar e readaptar. É que a cumulatividade da geração dos direitos humanos devem-se mais à tomada de consciência sobre o tema do que ao decurso do tempo. “Daí a necessidade da superação da angústia pelo compromisso com a melhoria do homem e suas circunstâncias.” (*Op. cit.*, p. 57-58).

²³³ BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo, Sociedade: para uma teoria geral da política*. Paz e Terra. 9.ed. 2001. p. 136 *et seq.*

²³⁴ Nesse sentido é que MACHADO rechaça a noção terceiro-mundista de Estado de Direito como o que obedece às suas leis, sejam quais forem. Insiste na existência da Constituição e do direito criminal e processual como regulamentação da atividade coercitiva do Estado sempre em favor do administrado. (*Op. cit.*, p. 42-44).

do aparato institucional potente e agigantado, a ele oportunizado em decorrência da idéia do contrato social. Cada um dos cidadãos exerce sua liberdade individual ao, voluntariamente, abdicar da prerrogativa de realização privada da vingança, em nome de sua assunção exclusiva por parte do ente estatal. Ao Estado incumbe garantir, por todos, a paz social; para tanto, instituem-se mecanismos de exercício pelos quais monopolizam-se a prestação jurisdicional, o uso da força física, a aplicação e a execução das penas. Apenas ao Poder Judiciário, através do processo, permite-se que proceda ao acertamento dos casos penais, restando *indefectível* a jurisdição. Protege-se o cidadão sem deixar de promover substancialmente sua personalidade, visto que as garantias formais não dão conta da axiologia apreciada pela sociedade. Por se tratarem de preocupações de natureza social, desde valores que se elegeu democraticamente, apreende-se o modelo nacional de Estado Democrático de Direito nessa acepção social.

O Estado Social e Democrático de Direito propugna pelo equilíbrio entre o modelo liberal, protetor dos direitos e garantias individuais, e o social, promotor da materialização daqueles direitos e garantias. Com AZEVEDO²³⁵: “Modernamente, o estado social e democrático de direito almeja o ponto médio ideal entre os absolutos valores da personalidade humana em face do poder estatal e seu dever de promover a igualdade de oportunidades, equilíbrio de assistência, numa intervenção necessariamente retificadora das injustiças e desníveis sociais.”

DIAS, discorrendo acerca do *Estado-de-direito social*, vai mais além:

O pensamento social da comunidade democraticamente estruturada vê na pessoa, não no <<súbdito>> (no sentido do Estado-de-polícia, que desconhece a sua esfera própria de autonomia), não também o <<indivíduo>> autolegislador (fora do qual não existiria qualquer critério de valoração ética e cuja autonomia é por isso formal), mas a personalidade ética que cria e promove os valores comunitários e à qual há que assegurar as necessárias condições de livre realização. E daqui a exigência de uma estrutura processual penal que não aniquile a liberdade individual, como no Estado-de-polícia, ou a personalidade ética, como no Estado-de-massa, nem renuncie às condições indispensáveis para realizar uma função da comunidade, como no Estado Liberal-individualista.²³⁶

²³⁵ *Op. cit.*, p. 285.

²³⁶ *Op. cit.*, p. 70.

Novos horizontes, pois, ao processo. Continua a veicular um direito público e subjetivo, de titularidade do cidadão e oponível ao Estado, cuja resposta jurisdicional instrumentaliza. Não obstante, transcende tal atividade para atingir a função de instrumento ético, garantidor e legitimante da atividade jurisdicional. *Pari passu*, o princípio do devido processo penal não se satisfaz com a perspectiva formal: além de garantir o acesso à jurisdição, insiste na justiça do acerto dos casos penais²³⁷. O Estado Social e Democrático de Direito trata de garantir o processo democrático, cujo escopo consiste em privilegiar a dignidade humana, valor que foi incorporado pela Constituição. “E a Constituição Federal ao incorporar os essenciais valores humanos, muitos deles realizados dentro do processo, informa e conforma o sistema processual, dando específico caráter aos institutos de natureza processual.”²³⁸

Com o direito ao silêncio não poderia ser diferente. É de titularidade do cidadão, que lhe opõe a quaisquer autoridades estatais – direito público subjetivo, pois – cuja adequada contemplação conta ponto a favor da justiça da decisão. Com AZEVEDO²³⁹: “O direito ao silêncio é um direito público subjetivo, exercido em face do Estado e dentro do processo. Constitucionalmente assegurado (...), sempre coincidirá com o caráter ético-político do processo, que visa a um correto exercício da função jurisdicional, de modo a pacificar com justiça”.

Compreendido como direito humano fundamental, assegura-se o direito ao silêncio também em âmbito internacional. Foi consignado pelo artigo 14, incisos II e III, *g*²⁴⁰ do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, aprovado em 16.12.66 pela Assembléia Geral da ONU. Igualmente procede o artigo 8.º, II, *g* da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de

²³⁷ AZEVEDO, *op. cit.*, p. 286.

²³⁸ *Idem.*

²³⁹ *Ibidem*, p. 291-2.

²⁴⁰ “In the determination of any criminal charge against him, everyone shall be entitled to the following minimum guarantees, in full equality: not to be compelled to testify against himself, or to confess guilt”.

São José da Costa Rica) adotado para os Estados Americanos em 22.11.69 e vigente no Brasil desde 25.9.92²⁴¹.

3.1 UM CONCEITO DO QUAL SE PROPÕE PARTIR

Intuitivamente conceituar-se-ia o direito ao silêncio tão-só como o dever do Estado de, em tempo, advertir o cidadão da legítima prerrogativa de se calar perante abordagens por parte de seus agentes, sendo o exercício de tal prerrogativa oportunizado efetivamente ao cidadão. (Ou, em entendimento ainda mais limitado, como o dever estatal de tempestivamente informar *ao preso* tal prerrogativa, assegurando-lhe seu gozo efetivo. Pacífica a interpretação amplificada²⁴²).

Ocorre que o direito ao silêncio pode ser vislumbrado de modo mais perspicaz e materialmente satisfatório. Entende-se por direito ao silêncio a prerrogativa garantida constitucionalmente ao cidadão de – em nome do princípio da presunção de inocência – *abster-se* de se manifestar tanto antes quanto depois de *saber* – em nome do princípio do contraditório – o que lhe criminalmente imputam ou sobre o que o inquirem e de – em nome dos princípios do devido processo legal e da ampla defesa – ser tecnicamente *esclarecido e orientado* por advogado, para que – em nome do princípio da dignidade da pessoa humana – possa *atuar* efetivamente como parte no

²⁴¹ MOURA; MORAES, *op. cit.*, p. 135.

²⁴² “A garantia não é exclusiva da pessoa presa, como poderia ensejar uma interpretação meramente literal do dispositivo. Em se tratando de uma regra processual penal ela admite a *interpretação extensiva* como expressamente declara o art. 3.º do respectivo estatuto. E outra não tem sido a compreensão dos doutrinadores e da magistratura.” (DOTTI, René Ariel. Garantia do direito ao silêncio e a dispensa do interrogatório. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 775, p. 426, mai. 2000). “...negar tal direito ao acusado que se encontra livre é ilógico, antijurídico e contrário ao nosso ordenamento jurídico (...) é uma liberdade pública garantida constitucionalmente a todos os imputados, presos ou não.” (MOURA; MORAES. *op. cit.*, p. 136, 146). “...enquanto emanção normativa da dignidade humana e do livre desenvolvimento da personalidade, o princípio *nemo tenetur* não comporta discontinuidades, sequer graduações, em função das sucessivas fases do processo ou da intervenção das diferentes instancias formais” (ANDRADE, *op. cit.*, p. 131), com RADBRUCH *apud Andrade*, p. 132 “do andar nobre da casa ao cave do edifício”. SUANNES tem por temerária a redação do constituinte, sabida a restrição costumeira de parte do Poder Judiciário, mesmo a dispositivos cuja redação mostra-se evidentemente infeliz, eis que todos têm direito à intimidade. (*Op. cit.*, p. 263).

processo, sendo intrínseco ao direito de se abster que o silêncio – sob pena de se esvaziar por completo – não implique em prejuízo.

Em atenção ao sentido processual do princípio do devido processo legal, *antevê* o Código de Processo Penal uma série de normas relativas ao trâmite processual penal, dentre elas a do artigo 186²⁴³. Pela axiologia constitucional, impende interpretá-las em privilégio da pessoa, garantindo-lhe participação ativa durante a defesa e a consentânea produção probatória.

3.2 O SILÊNCIO ENQUANTO DEFESA

3.2.1 O Silêncio Durante o Interrogatório

Da topografia do direito ao silêncio no Código de Processo Penal – situa-se no capítulo III, *Do Interrogatório do Acusado*, do Título VII, *Da Prova* - originou-se uma polêmica doutrinária acerca da natureza jurídica do interrogatório. Em debate: tratar-se-ia de meio de prova, de instrumento de defesa ou de instituto híbrido? Com afinco e sem titubear, recorra-se à luz constitucional, em direito processual penal deveras ainda, para muitos, tão franzina.

Bem explica DOTTI:

Além de caracterizar um meio de defesa, o interrogatório é também um meio de prova. A propósito, já sustentei: "É elementar que constituindo o interrogatório do acusado um dos capítulos submetidos ao Título que regula, justamente, a produção da prova, nenhuma razão existe para desconsiderar esse importantíssimo ato como integrante do conjunto de elementos de fato para constituir a decisão".²⁴⁴

²⁴³ É o dispositivo que cuida do direito ao silêncio em âmbito infraconstitucional: "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."

²⁴⁴ *Op. cit.*, p. 427.

DIAS²⁴⁵, ao cuidar da natureza jurídica dos três tipos de interrogatórios admitidos pelo direito português, enquadra-lhes todos “como estatuto próprio de um sujeito processual *sempre* armado com o seu ‘direito de defesa’, mas que pode também sempre, embora só dentro de um *âmbito rigorosamente delimitado por lei*, servir de ‘meio de prova’ e ser ‘objeto de medidas coativas’”.

O entendimento majoritário, que enquadra o interrogatório como meio de prova, tomava por justificativa fulcral o fato de ser classificado dentre os atos privativos do juízo²⁴⁶. Por conseguinte, não se admitiam interferências da defesa nem da acusação, do que se acreditava decorrer a isenção do procedimento. Paulatinamente, corporificou-se uma doutrina que propugnava pelo reconhecimento do interrogatório como instituto de natureza híbrida. Consiste em substancial conquista, eis que exorciza do juízo parcela considerável de um arraigado sentimento inquisitorial²⁴⁷.

É que, a par de não isolar o magistrado da gestão da prova, há o problema de o considerar “o salvador”, cujas intenções estariam, *justamente*, acima do bem e do mal. Vale ouvir a experiência de SUANNES²⁴⁸: “Verdade que no foro criminal circula uma *boutade* segundo a qual ‘o advogado do réu pobre é o juiz’. Possivelmente certas circunstâncias levem, algumas vezes, a uma realidade próxima disso. Será porém aceitável isso?”

²⁴⁵ *Op. cit.*, p. 442.

²⁴⁶ Esse dispositivo já seria suficiente para se vislumbrar um Processo Penal brasileiro de essência inquisitória, eis que a decisão de como e o que se interrogar é crucial em matéria probatória.

²⁴⁷ SUANNES, ao defender a facultatividade do interrogatório judicial, tal qual a produção de toda prova, assevera ser ingenuidade considerá-lo prova da defesa em razão (a) de realizar-se antes da prova da acusação, a macular o princípio do contraditório e (b) de os juízes no íntimo sempre visarem a extração da confissão ao invés de francamente se disporem a acreditar no acusado. (*Op. cit.*, p.) DOTTI recomenda que, comprovada a citação pessoal do réu, pode-se requerer a dispensa do interrogatório (antes ou no próprio dia) e a continuidade do processo, abrindo-se o prazo para consignação de alegações preliminares. A consequência prevista pelo art. 260 do CPP – da condução do réu que não atende à intimação para o interrogatório – não se aplica. Há apenas um único ônus processual desencadeado pela revelia (art. 367 do CPP): cessa a obrigação de a administração intimar e de notificar o réu dos atos do processo, os quais se realizarão regularmente. Não obstante, tomando conhecimento de que se realizarão, não se concebe que o impeçam participar. (*Op. cit.*, p. 430-1).

²⁴⁸ *Op. cit.*, p. 185.

Em regra, não!²⁴⁹ A função do advogado é interesse de toda a sociedade – nem mais nem menos relevante do que a da acusação ou a jurisdicional – porque ela convulsiona ante a possibilidade de punir o inocente²⁵⁰.

Vitoriosa, *em parte*, a sustentação doutrinária da natureza híbrida do interrogatório, desde dezembro de 2003 faz-se legalmente possível, também em plano infraconstitucional, a *complementação* do interrogatório por parte da defesa e da acusação²⁵¹. Examine-se a atual redação²⁵² do Código de Processo Penal: “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.” Suprimiu-se o artigo 187 tal qual dispunha e remanejou-se o artigo 185²⁵³, a obrigar a presença do defensor durante o interrogatório, resguardada a imprescindível entrevista prévia.

Resta saber em que medida a revogação do dispositivo²⁵⁴ – que proibia ao advogado quaisquer interveniências nas perguntas e respostas – e a simples complementação admitida pela atual redação do artigo 188 são suficientes para garantir a ampla defesa.

O objetivo precípua de ter o advogado presente e ativo nesse instante consiste em proporcionar a garantia do acompanhamento de profissional capaz, em resumo, de: (a) zelar pela lisura do procedimento; (b) alertar o magistrado, em se mantendo ele inerte, sobre o dever de proporcionar ao

²⁴⁹ Há, de fato, casos excepcionalíssimos em que intervenções como essa são necessárias.

²⁵⁰ Consigne-se o dispositivo constitucional: “Art. 133. O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei.”

²⁵¹ Acredite-se, mesmo depois da inauguração da nova ordem constitucional continuava-se a proceder tal qual o artigo 187 original do CPP dispunha: “Art 187. O defensor do acusado não poderá intervir ou influir, de qualquer modo, nas perguntas e nas respostas.”

²⁵² Redação dada pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003.

²⁵³ 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. (Redação dada pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003); § 2º Antes da realização do interrogatório, o juiz assegurará o direito de entrevista reservada do acusado com seu defensor. (Incluído pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003).

²⁵⁴ Art 187. O defensor do acusado não poderá intervir ou influir, de qualquer modo, nas perguntas e nas respostas.

arguido a prerrogativa de se manter calado e (c) protestar, sem temor, se necessário for, quando infringidos os direitos do cidadão²⁵⁵.

Ilustre-se a problemática:

desde o início do julgamento, como era de se esperar, o réu se encontrava em clara situação de inferioridade, pois sequer conhecia a forma como se comporia o Júri, com a possibilidade de rejeição de um, alguns ou todos dos nomes propostos pelo juiz. Aceitou-os todos, passivamente. Também não tinha qualificação profissional para apresentar objeções a perguntas da Promotoria. Quando esta objetava as perguntas feitas pelo réu, pessoalmente, não tinha ele a malícia de um profissional, para refazer as mesmas perguntas de maneira aceitável pela acusação.²⁵⁶

Trata-se do *Case Gideon* (1961), relatado por SUANNES²⁵⁷: perguntado, o réu responde ao juiz que não está pronto para ser julgado porque não dispõe de advogado. Pede ao magistrado que nomeie um defensor dativo. O juiz responde negativamente com base nas leis da Florida, segundo as quais apenas quando sujeito à pena capital seria relevante assistência técnica obrigatória. Condenado, peticionou da prisão à Suprema Corte norte-americana que, em 18.03.63, reforma a decisão e afirma que a assistência de advogado está garantida pela 6ª Emenda, sendo sua obrigatoriedade decorrente do *due process of law*, contemplado pela 14ª Emenda.

A norma pela qual se garante a presença do advogado quando do interrogatório²⁵⁸ é “sinal seguro do próprio interesse público na efetividade e consistência do direito de defesa do argüido e como a melhor pedra para se aquilatar do caráter civilizado e verdadeiramente humanista de um certo direito

²⁵⁵ PEREIRA, *Op. cit.*, p. 151-3 e DIAS, *Op. cit.*, p. 496. Com BARROS: “quantos réus inocentes não acabam por ser prejudicados, pois, mal conduzidos em sua oitiva, acabam por deixar de oferecer valiosos elementos comprovadores, v.g., de um álibi verdadeiro?” (*Op. cit.*, p. 138).

²⁵⁶ SUANNES, *Op. cit.*, p. 195.

²⁵⁷ *Ibidem*, p. 193 et seq.

²⁵⁸ Art. 261. Nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor. Parágrafo único. A defesa técnica, quando realizada por defensor público ou dativo, será sempre exercida através de manifestação fundamentada. (Incluído pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003)

Art. 263. Se o acusado não o tiver, ser-lhe-á nomeado defensor pelo juiz, ressalvado o seu direito de, a todo tempo, nomear outro de sua confiança, ou a si mesmo defender-se, caso tenha habilitação. Parágrafo único. O acusado, que não for pobre, será obrigado a pagar os honorários do defensor dativo, arbitrados pelo juiz.

processual penal”²⁵⁹. Sobreleva estudá-lo em paralelo como o direito ao silêncio, ainda que superficialmente, por ser considerável a quantidade de julgados que se recusam a anular o interrogatório em que o arguido não foi advertido do direito ao silêncio por não enxergarem prejuízo algum, sendo que o interrogando foi submetido sozinho ao procedimento.

Conquanto se possa entender que a natureza do interrogatório é híbrida, a do direito ao silêncio, não restam dúvidas, é defensiva²⁶⁰. Não haveria, em princípio, prejuízo direto em articularizar o direito ao silêncio dentre as normas do interrogatório visto que, justamente com o interrogatório e a produção probatória, significa oportunidade durante a qual oportuniza-se a defesa.

Perceba-se que, a par de o artigo 186 tratar do interrogatório judicial (quando do comparecimento espontâneo do réu ou graças à sua prisão, seja em que fase do processo for), o direito ao silêncio pode ser invocado (e para tanto o cidadão deve ser sempre advertido) quando se tratar de: oitiva formal ou informal; Inquérito Policial (art. 6º CPP), após a prisão em flagrante (CPP, art. 304), quando da instrução criminal, recebida a denúncia ou a queixa (394); quando do julgamento pelo Tribunal do Júri (CPP, art. 465); em nível recursal, quando do julgamento de apelação pelo Tribunal (CPP, art. 616); sempre que o juiz entender necessária sua repetição (CPP, art. 196 e 502, parágrafo único); quando da execução penal; perante exames criminológicos; em processo penal militar; em processo administrativo; em processo tributário-fiscal²⁶¹.

É o que se percebe pelo conceito de interrogatório. MÉDICE²⁶² define-o como “o ato no qual o interrogado ou acusado presta declarações à autoridade policial ou judicial a respeito da infração penal a ele atribuída e sobre as

²⁵⁹ DIAS, *op. cit.*, p. 497.

²⁶⁰ O silêncio é um não-ser, um nada: “Ocorre que o silêncio não é um meio de prova, mas, ao contrário, é a resoluta improdução probatória e não permite que dele se infira nenhuma conclusão (já que seria, no mínimo insensato e incongruente interpretar o uso de um direito como meio de prova, e principalmente em desfavor do acusado). O que o juiz deve interpretar e analisar são as provas carreadas nos autos, não o silêncio do acusado.” (PEREIRA, *Op. cit.*, p. 197).

²⁶¹ PEREIRA, *op. cit.*, p. 147, 180.

²⁶² MÉDICE, *op. cit.*, p. 303.

circunstâncias pertinentes ao fato.” Com MAIER²⁶³: “El derecho a ser oído alcanza su expresión real en la *audiência* del imputado ante el tribunal. [Dessa forma,] ...el imputado, al concederle el tribunal la palabra, se encuentre em condiciones óptimas para rechazar la imputación que se le dirige o, incluso admitiéndola, incorporar otras circunstancias que la neutralicen o aminoren, según la ley penal.”

Dentre os deveres daquele que interroga – deveres os quais, ressalte-se, compõem o direito de defesa do argüido – DIAS²⁶⁴ enumera os de: (a) expor os fatos imputados; (b) expor as provas que fundamentam a imputação e as suas fontes; (c) indicar os preceitos legais que tipificam a imputação; (d) advertir do direito ao silêncio.

O respeito, por parte do Estado (e da sociedade), ao direito de calar exige que seja encarado como meio de defesa do cidadão frente à possibilidade de abuso do poder (a par da opinião pública, incoseqüentemente manipulável). É preciso partir do princípio de que o cidadão é realmente inocente. É preciso armar o pequenino (o um) de instrumentos eficazes que o possam proteger do gigante (do todo), que anseia por respostas²⁶⁵. É preciso obrigar a acusação à produção de provas, em oposição à comodidade de induzir o magistrado a crer que deva extrair

²⁶³ MAIER, *op. cit.*, p. 328.

²⁶⁴ DIAS, *op. cit.*, p. 446-7.

²⁶⁵ As considerações de CARVALHO sobre a “tendência natural” do magistrado especificamente em abusar do local de poder de onde se expressa são aqui referência obrigatória. Cuidou do tema em 30.09.05 durante exposição no *IV Congresso de Direito Penal e Processual Penal do Programa de Pós-graduação em Direito da UFPR*. Vale transcrever ainda outra manifestação do autor: “..nós (juízes e povo) acreditamos na idéia do mito juiz-divindade. Não nos ocorre sequer a possibilidade de não existir Deus (...) ou de que o poder de condenar ou absolver passa muito mais pelo que quer a autoridade policial; que as pessoas inclinam-se perante o juiz por receio e não por respeito (...); que as portas da prisão dependem mais da correlação de forças que ocorre no presídio ou da boa ou má vontade do carcereiro; que o fardo é pesado (?) mas nem tanto como o daquele que passa fome!” (CARVALHO, Amilton Bueno de. Nós, juízes, inquisidores (ou da não presença do advogado no interrogatório). In: BONATO, Gilson (Org). *Direito penal e processual penal: uma visão garantista*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001, p. 5).

confissões para ser justo²⁶⁶. Nesta esteira, garante-se a defesa e, em seu bojo, o direito ao silêncio²⁶⁷.

3.2.2 O Silêncio e as Modalidades de Defesa

A doutrina vislumbra duas modalidades de defesa: a defesa técnica e a auto-defesa. A primeira consiste na estratégia articulada pelo advogado, que é conhecedor do ordenamento jurídico como um todo. A segunda, operada pelo próprio réu, comporta todo tipo de conduta que traduza, em resumo, a inexigibilidade de produção de provas contra si. Com MOURA; MORAES²⁶⁸: “Certo é que, quando o acusado silencia a respeito dos fatos, ou se nega a produzir provas em seu desfavor, está na realidade exercendo sua autodefesa, assegurada constitucionalmente, (razão pela qual o exercício desse direito não pode ser interpretado em seu desfavor).”

No que concerne à auto-defesa, o exercício do direito ao silêncio – seja decorrente de orientação do advogado, de uma posição instintiva do próprio interrogado ou até de uma sua eventual impossibilidade psíquica – há que ser valorado como autêntica invocação do princípio da presunção da inocência, jamais como indolência, passividade ou confissão. Uma certa leitura da construção segundo a qual *o interrogado opta por não apresentar a sua versão* ao utilizar o direito de calar – construção em aparência insípida, de autoria de uma certa magistratura que ostenta com orgulho uma dada neutralidade – em oposição ao que se toma por “verdadeiro inocente” – que com bravura reage

²⁶⁶ “Presunção [de inocência] ou não [seria estado de inocência], o réu é inocente até que a sociedade prove o contrário. Em processo publico. Asseguradas todas as garantias necessárias à defesa.” (SUANNES, *Op. cit.*, p. 186).

²⁶⁷ “Para que las manifestaciones del imputado representen la realización práctica del *derecho a ser oído*, como parte integrante del derecho a la defensa, la Constitución Nacional há prohibido toda forma de coerción que elimine la voluntad del imputado o restrinja la libertad de decidir acerca de lo que le conviene o quiere expresar. Esta es la verdadera ubicación sistemática de la regla que prevé que “Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo” y suprime para siempre “toda especie de tormento” (CN, 18), constituyendo al imputado, como órgano eventual de información i transmisión de conocimiento, en un *sujeto incoercible* del procedimiento.” (MAIER, *op. cit.*, p. 330).

²⁶⁸ *Op. cit.*, p. 140. No mesmo sentido, BARROS: “toda a participação pessoal do acusado, inclusive o interrogatório, assume a característica de defesa (autodefesa)”. (*Op. cit.*, p. 132).

às falsas imputações – está atribuindo ao silêncio em concreto valor pejorativo, valor de confissão.

A efetividade da defesa técnica, por sua vez, exige que seja prévia às interpelações que se dirigem ao acusado, pois não raro invocam quaisquer manifestações sem lhe esclarecer do direito de silenciar. Depende, inicialmente, de o agente estatal advertir o cidadão de que é seu direito permanecer em silêncio, que este não lhe prejudicará, sendo imprescindível que adote postura congruente à retórica. Em seqüência, impende que advirta sobre o direito de ser tecnicamente instruído por um advogado, garantindo-lhes contato amplo e prévio.

Todos esses fatores (a- direito a ser advertido do direito ao silêncio; b- direito de ser advertido de que do silêncio não pode advir prejuízo; c- direito de ser orientado por advogado; d- direito de ser orientado por advogado antes de ser interrogado; e- direito de o seu advogado estar presente e intervir durante o interrogatório) precisam ser concomitantes e tempestivos para se falar em direitos autênticos à defesa e ao silêncio. A inobservância de quaisquer desses direitos deve gerar a nulidade da fase postulatória do processo porque, ao respeitar apenas formalmente o devido processo legal e a presunção de inocência, ocasiona o prejuízo que se pretendeu ressalvar. Mácula que golpeia um princípio parece fulcral o bastante para configurar um prejuízo ao sistema jurídico como um todo e, por conseguinte, ao caso concreto em apreço.

É muito comum, ao sentenciar, invocar-se a proteção do direito ao silêncio por ter, por exemplo, advertido de que dele não decorre prejuízo, quando, a rigor, o está tolhendo, por permitir que venha desacompanhado dos demais elementos. Não raro se fundamenta a ausência de prejuízo – e a (in)conseqüente não anulação da fase postulatória – justamente pelo fato de o réu ter verbalizado uma versão dos fatos, ou respondido interrogatório, ou se submetido ao exame do bafômetro, sendo que não foi advertido do direito de não produzir ou colaborar na produção de provas contra si, em acovardado desrespeito do direito ao silêncio.

3.2.3 O Silêncio e a Questão Probatória

Os institutos da defesa e da produção probatória interagem intimamente. Deve aquela operar em todos os momentos, tanto mais nesse, do qual emergem os fundamentos da decisão jurisdicional. Com DIAS²⁶⁹: “Essencial à consistência e a eficácia da função de defesa é, evidentemente, o asseguramento do direito de presença do defensor às diligências de prova de que sejam passíveis quaisquer participantes processuais”, sejam durante a audiência de julgamento, a instrução contraditória ou a instrução preparatória²⁷⁰.

Em Direito Processual Penal remete-se o “ônus da produção probatória”²⁷¹ integralmente à acusação, sob o crivo dos princípios de direito material da presunção da inocência e do *in dubio pro reo*, à processualística aplicáveis. Se a acusação não provar o criminalmente imputado, o juiz deve absolver o réu²⁷². Em o réu optando por exercer a prerrogativa constitucional de se manter calado, permanece o ônus probatório com a acusação, que o deve aquilatar de modo indúbio e concludente. Com MOURA E MORAES 136: “(...) fazer do silêncio do acusado elemento que pode ser interpretado em prejuízo da defesa, significa valorá-lo como indício de culpa, o que conflita com a ‘presunção de inocência’ ”.

²⁶⁹ *Op. cit.*, p. 489.

²⁷⁰ *Ibidem*, p. 489-91.

²⁷¹ Ressalte-se a impertinência da expressão na sistemática processual penal: a sociedade não incumbe ao Ministério Público, tampouco ao particular (quanto menos ao juiz, que deveria se manter inerte quanto à gestão probatória), o dever de acusar sem critérios e a todo custo – a decisão que por falta de provas absolve, *e. g.*, não é desfavorável à acusação –; utilize-se a expressão, portanto, conforme essa acepção ressalvada. Refere-se DIAS ao ônus de prova como “uma arbitrária transposição para o processo penal de categorias dogmáticas de processo civil que naquele não devem encontrar guarida. (...) mais do que equívoco, acaba por ser errôneo falar de ônus da prova material a cargo do MP. A absolvição por falta de prova, em todos os casos de persistência de dúvida no espírito do tribunal, não é consequência de qualquer ônus da prova mas sim da intervenção do princípio *in dubio pro reo*.” (*Ibidem*, p. 212-213).

²⁷² CPP, Art. 386: “O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça: VI - não existir prova suficiente para a condenação.”

Atenção focada em evitar o *primado das hipóteses sobre os fatos*²⁷³, impende que as funções de produção e valoração probatória devem estar apartadas. Não ocorre no Código pátrio de Processo Penal. Veja-se o Art. 156: “A prova da alegação incumbirá a quem a fizer; mas o juiz poderá, no curso da instrução ou antes de proferir sentença, determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.” Daí se enquadrar o Processo infraconstitucional Penal brasileiro dentre os sistemas inquisitórios, visto que a gestão da prova cabe ao juiz²⁷⁴.

DIAS²⁷⁵ infere do direito ao silêncio a inexistência, para o argüido, de um dever de participar do processo de “obtenção da verdade”: “não é, portanto, destinatário próprio do respectivo [à obtenção da verdade] ‘dever de colaboração na administração da justiça penal’...”. Daí deriva, continua, “o princípio de que o exercício de um tal direito processual não pode ser valorado como indício ou presunção de culpa [deparando-se aqui com uma nova e autêntica proibição de prova]”.

Assente-se com MOURA; MORAES²⁷⁶: “O silêncio não pode ser objeto de valoração jurisdicional, porque não constitui prova no sentido jurídico do termo – processualmente, prova é todo instrumento utilizado para levar ao conhecimento do julgador (destinatário da prova) fatos ocorridos no passado e que tenham a potencialidade de influencia no seu julgamento...” Deve ser recebido como simples opção pela qual se abstém de verbalizar sua versão pessoal dos fatos. Conquanto se possa entender o direito ao silêncio como uma restrição à possibilidade de uma fidedigna reconstrução histórica dos fatos – mesmo sabendo que é pretensão idealizada –, reconheça-se tratar de

²⁷³ “La solitudine em cui gli inquisitori lavorano, mai esposti al contraddittorio, fuori da griglie dialettiche, può darsi Che giovi al lavoro poliziesco ma sviluppa quadri mentali paranoidi. Chiamiamoli’ **primato dell’ipotesi sui fatti**: chi indaga ne segue una, talvolta a occhi chiusi; niente la garantisce più fondata rispetto alle alternative possibili, né questo mestiere stimola cautela autocritica; siccome tutte le carte sono in mano sua ed è lui che l’há intavolato, punta sulla sua ipotesi. Sappiamo sua quali mezzi persuasivi conti (alcuni irresistibili: ad esempio, la tortura del sonno, caldamente raccomandata dal pio penalista Ippolito Marsili); usandoli orienta l’esito dove vuole [sem grifos no original].” (CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale*. Torino: Utet, 1986. p. 51).

²⁷⁴ COUTINHO, *Introdução aos...*, p. 167.

²⁷⁵ *Op. cit.*, p. 448-9.

²⁷⁶ *Op. cit.*, p. 139-140.

limitação constitucionalmente lícita, legítima e louvável por possibilitar o (re)equilíbrio entre a verdade processualmente possível e o respeito às liberdades públicas²⁷⁷.

A explicação histórica²⁷⁸ dos alcances do direito ao silêncio – incluída, portanto, a dispensabilidade do dever de colaborar – é a de que, em tempos de lógica inquisitória, era válido obrigar o arguido – sejam por que meios fossem, objetificado que se encontrava – a proferir declarações incriminatórias. Visava-se, com efeito, a confissão. Inadmissível, em sistemas cuja essência se pretende acusatória. Neste caso, o silêncio não faz prova do alegado pela acusação. Não se pode atribuir-lhe o valor de confissão com base no adágio popular de que “quem cala consente”. Tampouco com base no entendimento dos que atribuem ao silêncio valor de indício ou presunção.

Indícios e presunções são considerados provas indiretas, as quais podem formar o convencimento do juiz. Este, ao sentenciar, não se encontra amarrado a um prévio tarifamento probatório, tampouco permite o ordenamento que as valore inconseqüentemente²⁷⁹. Pelo princípio do livre convencimento confia-se ao juiz a livre valoração do conjunto probatório, de forma que o sopesa como melhor ponderar; entretanto, deve demonstrar o seu raciocínio, fundamentando cada uma das decisões para que se legitimem perante a sociedade e para que oportunizem o controle jurisdicional em nível recursal²⁸⁰.

NORONHA²⁸¹ explica a distinção entre indício e presunção da seguinte maneira: “... o indício é um fato, ao passo que a presunção encontra sua fonte na experiência; noutras palavras, o indício é uma circunstância certa e que se realizou, ao passo que, na presunção, considera-se como realizado um fato não provado, fundando-se, entretanto, na experiência.” Ambos são tomados

²⁷⁷ *Ibidem*, p. 141.

²⁷⁸ DIAS, *op. cit.*, p. 450.

²⁷⁹ Coutinho, *Introdução aos...*, p. 196.

²⁸⁰ SUANNES, *op. cit.*, p. 314 *et seq.*

²⁸¹ NORONHA, E. Magalhães. Curso de direito processual penal. 19. ed. atual. São Paulo: Saraiva. p. 133. Vejam-se os termos do CPP: “Art. 239. Considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias.”

pelo julgador como pontos de partida de um raciocínio lógico-dedutivo na fundamentação e demonstração de suas conclusões²⁸².

Conquanto não caiba um estudo mais aprofundado, dessa breve exposição bem se pode imaginar com que tamanha facilidade sustenta-se o entendimento segundo o qual o silêncio, com naturalidade – e erro! –, incluiria-se dentre tais formas probatórias indiretas. A par da redação originária do artigo 186 do CPP – pela qual, em que pese garantido o direito ao silêncio, autorizava-se fosse interpretado em desfavor do réu –, pelo artigo 198 do Código (cuja redação a recente reforma não alterou) fundamenta-se de pronto aquele posicionamento; senão, vejamos: “Art. 198. O silêncio do acusado não importará confissão, mas poderá constituir elemento para a formação do convencimento do juiz.”

Portanto, o juiz estaria autorizado a invocar o silêncio do acusado para o condenar, desde que complemente a fundamentação da sua decisão com outros elementos probantes. Insustentável a pertinência do dispositivo. A um, por macular os princípios constitucionais da presunção de inocência, do devido processo legal e da ampla defesa. A dois, por tolher o valor constitucional do privilégio contra a auto-incriminação, a fundamentar o mais largo dos sentidos ao direito de calar. A três, por conflitar com a atual determinação do Código pela qual se veda qualquer prejuízo que do silêncio possa emanar. A quatro, porque fere a lógica: de um nada, nada pode advir!

Encarar-se o silêncio como algo diverso de uma ausência, de um não-ser do qual nada se pode inferir, significa partir de uma pseudo-premissa, pela qual constrói-se um castelo de vento. As conclusões que nele habitam são imaginárias, eis que fundamentadas no nada. Se os elementos que o acompanham durante a fundamentação do juiz bastarem à condenação, menos pior: tratar-se-á de argumento de frágil precisão. Agora, se o silêncio for o único elemento a fundamentar a decisão, deve ser reformada sem tardar; do contrário, permitir-se-á condenar com base no desconhecido. É que “O juiz deve inspirar-se em um profundo sentimento de humildade frente ao

²⁸² Pereira, p. 139.

desconhecido, e portanto, não deve permitir continue sendo vítima da sugestão de alcançar a todo custo o conceito da verdade, especialmente quando em confronto com os inexploráveis limites do conhecimento humano.”²⁸³

²⁸³ *Ibidem*, p. 143.

4 DA EFETIVIDADE DO DIREITO AO SILÊNCIO

4.1 PERANTE A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA

A Constituição da República de 1988 consignou expressamente o direito ao silêncio através do inciso LXIII do Art. 5²⁸⁴.

A rigor, tal explicitude não seria imprescindível. Seria possível inferi-lo da *ratio* fundante e norteadora do sistema que se inaugurou, tal como se pôde fazer sob a égide de algumas das ordens constitucionais que lhe antecederam. Com mais naturalidade se positivaria agora um direito ao silêncio que não estivesse apostado expressamente na Constituição em razão de configurar um dos direitos que a nova ordem instituiu²⁸⁵. Não andou mal, porém, o legislador constituinte. O baixo grau de efetividade de muitos direitos e garantias constitucionais fizeram logo ver que foi importante prever expressamente, sem embargo de ter deixado espaço para tudo o mais que comportasse, conforme o parágrafo 1.º do artigo 5º da CR.

Assim, os diversos entendimentos extraídos do repertório jurisprudencial apontam o acerto do legislador constituinte ao lhe ter minudentado. Seja porque, em um primeiro momento (entre a promulgação da Constituição da República de 1988 e a Reforma parcial Processual Penal de dezembro de 2003) reiteradamente ignorou-se a superioridade hierárquica do direito constitucional do silêncio, seja porque, desde dezembro de 2003

²⁸⁴ “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”.

²⁸⁵ É o que se passa com o direito alemão: não tendo a Lei Fundamental explicitado o princípio *nemo tenetur*, coube à doutrina e à jurisprudência sustentá-lo na qualidade de direito constitucional não escrito. “Nesta linha, é já possível contar com um conjunto significativo de decisões do Tribunal Constitucional Federal, sistematicamente fiéis ao entendimento de que o princípio goza hoje, na ordem jurídica alemã, de autêntica dignidade constitucional”. A divergência fica por conta de em que valor constitucional – entre a dignidade humana e a liberdade geral de ação, também designado de direito ao livre desenvolvimento da personalidade – deve ser fundamentado. Quanto ao direito português, vige inequivocamente o *nemo tenetur* em decorrência da matriz constitucional em que se agasalham os valores da dignidade humana, da liberdade de ação e da presunção de inocência, além de inferir-se nula a prova que o macule graças ao dispositivo (art. 32.º, n.º 4 da Constituição Portuguesa) que o permite enquadrar como ofensa à integridade moral da pessoa. Diz-se unívoca sua vigência também por conta da legislação infraconstitucional, a explicitar, dentre outras normas, o direito ao silêncio (arts. 61.º, n.º1, al. c e art. 343.º, n.º1). (ANDRADE, *Op. cit.*, p. 124-5).

(quando da formal adequação entre a Constituição da República e o Código de Processo Penal) até o presente momento, sistematicamente lhe cumpriram apenas retoricamente (e isso quando assim se cumpre).

Em um país de tradição civilística tal qual o Brasil, a consagração expressa de um direito – mesmo que esse seja naturalmente inferível da principiologia constitucional – resta compreensível. O fato de sob certa perspectiva se ter passado a *minimamente respeitar* o direito ao silêncio – diga-se, meramente *invocar*, não raro – tem alguma relação com sua explicitude constitucional. Consignado quando da instauração da ordem cidadã da Constituição de 1988, era tentativa de armar a população com um direito que lhe pudesse garantir, em resposta ao estrangulamento democrático que se procurava superar.

Irônico que se tenha, justo no seio da atual constituição – sob a qual valeria teoricamente o argumento de que haveria o menor grau de necessidade de sua consagração expressa – *agarrar-se* à ela ao invés de apenas *dela partir* – mediante a perene possibilidade de depurar o alcance dos fatos gráficos legais – para se alçar níveis mais abrangentes de sua aplicabilidade. O que falta é mesmo uma mudança autêntica de mentalidade.

4.2 PERANTE A REDAÇÃO ORIGINÁRIA DO ARTIGO 186 DO CPP

Um direito legalmente previsto inviabiliza-se de pronto quando, de seu exercício, autorize-se extrair conseqüências prejudiciais ao titular. A Constituição garante o direito ao silêncio por inteiro, não se sustentando em definitivo a redação original e contraditória do artigo 186²⁸⁶ do CPP. Era do que bem dava conta a melhor doutrina ao propugnar pela revogação do dispositivo.

Diante da clareza da norma constitucional, foi derogado o art. 186 do CPP (...). A parte final do dispositivo (“o seu silêncio poderá ser interpretado em prejuízo da

²⁸⁶ 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.

própria defesa”) está, evidentemente, derogada posto que não foi recepcionada pela Carta Política de 1988. Fica vigente tão-só a parte na qual o Magistrado, antes de iniciado o interrogatório, esclarece ao réu que o mesmo não está obrigado a responder às perguntas.²⁸⁷

“A CF/88 consagrou expressamente a presunção de inocência, e, conseqüentemente, o direito ao silêncio, que se insere no princípio do contraditório e da ampla defesa, pelo que ficaram revogados os artigos 186, 191 e 198 do CPP, cuja constitucionalidade, mesmo sob a égide do diploma constitucional anterior, era pouco mais que discutível.”²⁸⁸

Quanto ao prejuízo, “Trata-se de limitação ao direito de calar, pois a advertência configura inegável coação ao réu para confessar o crime ou apresentar uma versão qualquer a respeito dos fatos. Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, entretanto, deve ser considerada extinta a restrição ao direito que todo o acusado possui de manter-se calado.”²⁸⁹

Assim é que, devido à incompatibilidade ideológica de orientação da nossa democrática Constituição Federal com o Código de Processo Penal (fruto de inspiração ditatorial), pode-se afirmar acerca da derrogação dos artigos 186 e 198, e a total revogação do artigo 191, todos do diploma processual penal. Conseqüentemente, ao juiz não é dada a possibilidade de interpretar a opção pelo silêncio em prejuízo do acusado, já que, em realidade, nada pode ser inferido do silêncio, uma vez que ele se constitui nisso: um nada.²⁹⁰

4.3 PERANTE A RECENTE REFORMA DO CPP

Que se não imagine ter o legislador infraconstitucional sublimado o problema ao extirpar da redação originária do artigo 186 o prejuízo potencial decorrente da utilização, pelo interrogado, de seu direito ao silêncio. Outro não poderia ser o resultado de uma reforma seccionada, de cunho meramente retórico, que transparece fracionada desde a concepção até a aprovação

²⁸⁷ DOTTI, *Op. cit.*, p. 426. Ainda: “Estão revogados a segunda parte dos artigos 186 e 198 do CPP, por conflitarem com o art. 5º inc. LXIII, da CF/88.” (MOURA; MORAES, *op. cit.*, p.146).

²⁸⁸ AZEVEDO, *Op. cit.*, p. 292.

²⁸⁹ MÉDICE, *Op. cit.*, p. 307.

²⁹⁰ PEREIRA, *Op. cit.*, p.199.

legislativa²⁹¹. A atual redação do dispositivo²⁹², de fato, coaduna-se com a principiologia constitucional e verte em lei o que já estava pacificado quanto às conseqüências da evocação do direito ao silêncio. Permanecem intocados, contudo, mecanismos legais – tal qual o que concede ao juiz a gestão probatória (artigo 165) e o que admite a ponderação do silêncio ao convencimento do juiz (artigo 198) – os quais infirmam a precisão e o alcance que se atribui constitucionalmente ao direito de calar.

Não se negam os méritos da atualização específica deste dispositivo, deveras recomendável. Contra a Constituição – e por mais absurdo que possa ser – insistiam as autoridades em proceder, o que, já era sabido, não se corrigiria mediante imposição legal. *Mutatis mutandi*, compara-se sua efetividade pragmática à que se tinha quando era garantido de forma implícita nos sistemas jurídicos anteriores ao de 1988: efetividade proporcionalmente inviabilizada. Não obstante, inegável que com mais conforto se passa a postular pelo direito de calar, desde a adequação de ao menos um dos instrumentos infraconstitucionais. Ao menos teoricamente, portanto, não mais se admite que o arguido seja prejudicado por fazer uso do direito ao silêncio.

²⁹¹ Através da Portaria n.º 61/00 do Ministério da Justiça constituiu-se a Comissão de Reforma do CPP, composta por Ada Pellegrini Grinover (Presidente), Petrônio Calmon Filho (Secretário), Antônio Magalhães Gomes Filho, Antônio Scarance Fernandes, Luiz Flávio Gomes, Miguel Reale Júnior, Nilzardo Carneiro Leão, René Ariel Dotti (que posteriormente retirou-se, tendo Rui Stoco o substituído), Rogério Lauria Tucci e Sidnei Beneti. Finalizados os trabalhos, em 06 de dezembro de 2000 a comissão (que se subdividira para cuidar de temas específicos tratados pelo CPP) entregou ao Ministério da Justiça sete anteprojetos (apresentados por exposições de motivos próprias), os quais transformaram-se nos seguintes projetos de lei: (a) n.º 4.209/01 sobre investigação criminal; (b) n.º 4.207/01 sobre suspensão do processo e de procedimentos; (c) n.º 4.205/01 sobre provas; (d) n.º 4.204/01 sobre interrogatório e defesa; (e) n.º 4.208/01 sobre prisão, medidas cautelares e liberdade provisória; (f) n.º 4.203/01 sobre o Júri; (g) n.º 4.206/01 sobre recursos e ações de impugnação. O Projeto de Lei n.º 4.204/01 deu origem à Lei n.º 10792, promulgada em 1.º dezembro de 2003, que altera a redação original do artigo 186, dentre outros dispositivos. Cada um daqueles projetos de lei tramita (ou tramitou) individualmente, de forma que dispositivos originais e reformados passaram a conviver em desarmonia, suscitando incongruências e tratamentos não isonômicos durante as diversas fases do processo.

²⁹² 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.

É preciso subir mais alguns degraus na construção de seu sentido. É passo, agora, que se apresenta menos esforçoso do que os anteriores, se for medido de acordo com a sua fundamentação indireta. Noutras palavras: o fundamento mediato desse avanço encontra-se agora em norma explícita do CPP (art. 186), a qual exprime o fundamento constitucional, este imediato (art. 5, LXIII). Na avaliação do desafio desde o critério político-social, persiste, porém, a magnitude da dificuldade, eis que carece de renovação de toda uma incrustada mentalidade.

Veja-se, a propósito, como muitas das decisões judiciais que em seguida serão analisadas dizem estar respeitando o direito ao silêncio quando, em verdade, infringem-lhe, em comprovável postura contraditória. Pode parecer mais grave que aconteça depois da atualização do CPP, conquanto, a rigor, não seja. É que, desde o instante em que se toma por norte o princípio dispositivo em sede processual penal, aquela interpretação mostra-se inadmissível, porque inconstitucional.

4.4 PERANTE A JURISPRUDÊNCIA

Parte da jurisprudência, em que pesem decisões paradigmáticas das mais acertadas, posiciona-se, não raro, infinitamente aquém do imperativo constitucional. Bastante comum os advogados recorrerem de decisões posteriores a interrogatórios nos quais a autoridade não advertiu o interrogado do direito ao silêncio²⁹³, ou o advertiu mas sem se lembrar de afirmar que dele não emanariam prejuízos, ou sequer de omitir a parte final da redação do artigo 186, como se tinha originalmente.²⁹⁴

²⁹³ “Como o acusado apresentou efetiva autodefesa em seu interrogatório, **não há falar-se em nulidade por falta de comunicação do seu direito de permanecer em silêncio**, já que não demonstrado o efetivo prejuízo [sem grifos no original].” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em habeas corpus n.º 10080. Denegado. Relator: Ministro Edson Vidigal. 05 nov. 2000. DJ, 25.09.00, p. 144).

²⁹⁴ Neste caso houve advertência da existência do direito de calar, mas nos termos da **antiga redação do artigo 186**; argüida a nulidade do interrogatório com fundamento no inciso LXIII, artigo 5.º, da CR, denegou-se o habeas corpus. Diz a ementa: “-RECURSO EM “HABEAS CORPUS”. DENUNCIA. INEPCIA. RECEBIMENTO. NULIDADE POR AUSENCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. -NULIDADE DO INTERROGATORIO DO REU POR ADVERTIDO

Seguidamente, negam os tribunais os pedidos de anulação desses interrogatórios, por a defesa não ter demonstrado *prejuízo* concreto decorrente²⁹⁵. A par da amplitude oportunizada pelo termo, percebe-se o fato de o interrogado estar prejudicado instantaneamente²⁹⁶: da inadvertência

COM APOIO NO ART.186, DO CPP, COM VIOLAÇÃO AO INC. LXIII, ART. 5., DA CONSTITUIÇÃO. -ALEGAÇÕES IMPROCEDENTES. -RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em hábeas corpus n.º 6480. Denegado. Relator: Ministro José Arnaldo da Fonseca. 09 jun. 1997. DJ, 25.08.97, p. 39399). No mesmo sentido: “Da mesma forma, não restou demonstrado que **a referência ao ART-186 do CPP-41**, tenha influído na defesa dos acusados.” (BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4.ª Região. Apelação Criminal n.º 9704471017. Condenação Mantida. Relatora: Juíza Tânia Terezinha Cardoso Escobar. 15 out. 1997. DJ, 20.11.97, p. 99708). Neste próximo caso a advertência originária do artigo 186 do CPP é menosprezada por não mais coagir como se desejava: “Alega preliminarmente nulidade absoluta, pelo fato de que o magistrado *a quo*, no ato do interrogatório, advertiu o apelante de que **‘o seu silêncio poderia ser interpretado em prejuízo da própria defesa’**, atentando contra a garantia de o acusado permanecer calado.(...) Ora, o apelante estava acompanhado de seu defensor, o qual não fez registrar naquela oportunidade possível prejuízo a ser experimentado pela defesa. Ademais, o alerta do magistrado ***a quo* é praxe e, como salientou a defesa, não tem mais o poder de coerção antes desejado** [sem grifos no original] em virtude do que dispõe o art. 5º, LXIII, da Constituição Federal.” (BRASIL. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. Apelação Criminal n.º 2002.001308-1/0000-00 Preliminar rejeitada, provimento denegado. Relator: Desembargador Luiz Carlos Santini. 19 jun. 2002. DJ n.º 350, v. 561 p. 108).

²⁹⁵ Exige-se a demonstração do prejuízo para acatar a arguição de nulidade decorrente da advertência do direito ao silêncio conforme a redação de 1941. “O denunciado tem direito ao silêncio, mas, no caso, não restou demonstrado o prejuízo causado à defesa do Paciente, pelo fato do juiz que presidiu o interrogatório o ter advertido sobre os termos do ART-186 do CPP-41.” (BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4.ª Região. Hábeas Corpus n.º 9704422709. Negado. Relator: Juiz Jardim de Camargo. 04 nov. 1997. DJ, 08.10/1997, p. 83292). Neste próximo caso os dois réus confessam, mas um deles se retratou em juízo, dizendo que confessou sob tortura, o que foi considerada “mera alegação”, sem demonstração nos autos: “O fato de ter constado no interrogatório a advertência prevista no art. 186 [parte final] do CPP é irrelevante, na medida em que, **se calado tivesse o apelante ficado**, tal situação em nada poderia agravá-lo, sendo o silêncio, como é sabido, constitucionalmente protegido./Além disso, não há decretar a nulidade, pois **não houve a demonstração efetiva de qualquer prejuízo** para a defesa. (...) Na fase policial, os réus confessaram a autoria delitiva, e em juízo o apelante Laudemir retratou-se, alegando que foi **torturado na polícia para confessar, entretanto não passou de mera alegação, uma vez que tal fato não ficou demonstrado nos autos** [sem grifos no original].” (BRASIL. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. Apelação Criminal n.º 2002.006718-0/0000-00. Preliminar rejeitada. Relator: Desembargador Luiz Carlos Santini. 02 out. 2002. DJ n.º 424, 18/10/2002).

²⁹⁶ É exato o que assevera SUANNES em relação a necessidade de provar o prejuízo concreto para que se anule processos cuja defesa fora deficiente: “De fato, ou algo é amplo ou é restrito. Uma mesa é larga ou é estreita. O contrário de mesa larga não é, até onde o bom senso permite afirmar, mesa inexistente. Logo, o contrário de defesa ampla é defesa restrita, reduzida, parca, escassa. Se a Constituição Federal exige que a defesa seja ampla, pena de nulidade, tem-se que – a menos que se revoguem os dicionários – uma defesa escassa, parca, reduzida, restrita implicará na nulidade do processo. Contrapor amplo a existente é escamotear a garantia constitucional. **O mesmo se diga da incrível exigência: prova de prejuízo**. Acaso a restrição da liberdade não significa prejuízo? A simples quebra da primariedade não é prejuízo? **Exige-se comprovar o que já está comprovado** [sem grifos no original].” (SUANNES, *op. cit.*, p. 319).

sobre o direito ao silêncio, à amnésia de que cabe à acusação provar a culpa do interrogado. Tanto mais quando desacompanhado de advogado,²⁹⁷ ou não

²⁹⁷ Decide-se aqui que o fato de se não advertir o réu de que pode calar (estando ele neste caso **sem advogado**, reforce-se), não implica nulidade pois “é quase certo que não o [o direito ao silêncio] utilizasse [!]”: “Nesse passo, vê-se que de **nenhuma valia se mostra a falta de registro da cláusula que legitima o silêncio como direito do acusado**. Contou ele duas vezes [no interrogatório judicial sem advogado e em Júri], com alguma reserva, a mesma versão, ou seja, de que agiu em defesa própria após ser atacado pela vítima. Utilizou-se da possibilidade de autodefesa para expor sua tese, não se utilizando do silêncio e, **de nada valeria, anular o feito desde o interrogatório, para que fosse feito registro acerca do silêncio como direito seu, porque é quase certo que não o exercitasse...** (...) ...a opção pela intervenção ativa implica **abdicação** ao direito de manter-se calado e **das conseqüências da falta de informação oportuna a respeito** [sem grifos no original]. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. Revisão Criminal nº 115.317-5. Preliminares rejeitadas. Conhecido e improvido. Relator: Desembargador Clotário Portugal Neto. 02 out. 2002). Neste próximo julgado, além da advertência conforme a redação antiga e inconstitucional do artigo 186, não se garantiu a presença do advogado quando do interrogatório, entendimento igualmente inconstitucional. Da ementa da decisão, que é anterior à reforma, extrai-se: “I. A realização do **interrogatório da paciente sem a presença do defensor, como tal, não constitui nulidade**, porquanto, a teor do art. 187 do CPP, trata-se de ato personalíssimo, com as características da judicialidade e da não intervenção da acusação e da defesa (Precedentes). II. A inadequada advertência prevista no art. 186 do CPP, em juízo, só pode ser considerada nulidade, se demonstrado o efetivo prejuízo à defesa precedentes). Ordem denegada.” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Hábeas corpus n.º 26851. Denegado. Relator: Félix Fischer. 18 nov. 2003. DJ, 19/12/2003, p. 519). Neste outro caso, mesmo estando o réu **desacompanhado de advogado** durante o interrogatório judicial, momento em que não foi advertido de que podia calar, não se acata a preliminar de nulidade: “III - O DIREITO DE SILENCIO E FACULDADE CONSTITUCIONALMENTE ASSEGURADA AO ACUSADO, EXERCITAVEL NO INTERROGATORIO, MOMENTO PROCESSUAL EM QUE LHE E PERMITIDO OPTAR PELO EXERCICIO DA AUTODEFESA, **NÃO SE RECONHECENDO SUA NULIDADE PELA FALTA DE CIENTIFICAÇÃO PREVIA DESTA GARANTIA SE NO ATO O ACUSADO OPTA POR EXPOR SUA VERSÃO DOS FATOS, SEM QUALQUER CERCEAMENTO AO SEU DIREITO DE SILENCIO**. IV - A INTERVENÇÃO DO DEFENSOR NO INTERROGATORIO ESBARRA NA EXPRESSA VEDAÇÃO LEGAL DO ART. 187 DO CPP, NÃO VICIANDO, POIS, O ATO SUA AUSENCIA [sem grifos no original].” (BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3.ª Região. Apelação Criminal n.º 94031056266. Preliminares rejeitadas, provimento negado. Relator: Juiz Theotônio Costa. 10 set. 1996. DJ, 01/10/1996, p. 73888). Neste caso a defesa alega cerceamento por **falta de menção na citação de que deveria ir ao interrogatório com advogado e pelo fato de não se ter nomeado advogado para o interrogatório judicial**, momento em que não houve a advertência do direito ao silêncio, dentre outros argumentos. Decidiu-se: “**NÃO DEMONSTRADO O ALEGADO CERCEAMENTO DE DEFESA - PRELIMINAR REJEITADA, EM VISTA DO ATENDIMENTO AOS ARTIGOS 186 E 188, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – (...)** O interrogatório do réu não exige a presença de advogado, embora trata-se de ato de defesa, sendo a única oportunidade em que o Juiz tem o contato direto com o acusado, ou seja, trata-se de ato pessoal do Juiz, não submetido ao princípio do contraditório. / **Os fundamentos invocados pela defesa não se ajustam ao caso, pois que, as disposições contidas nos artigos 186 e 188, ambos do Código de Processo Penal, foram rigorosamente atendidas pelo digno magistrado monocrático, conforme se infere do termo de fls. 38 e verso./** Ademais, deve-se levar em consideração que o réu, quando indagado se tinha defensor, na mesma solenidade, respondeu: não ter, mas irá constituir defensor nos autos. **É lógico que, se necessário fosse a presença de advogado, o interrogatório não se**

se admitindo que este intervenha durante o interrogatório judicial. Ambas as situações são tidas por inofensivas em virtude do arguido ter *optado* por não se defender – quando se utilizava do silêncio –, ou por ter verbalizado versão que, por outros meios, se confirmou ou refutou.

Insista-se: o silêncio é uma forma de defesa e de invocação do princípio da presunção de inocência. Não oportunizá-lo, qualificá-lo pela possibilidade de prejudicar ou incluí-lo dentre os elementos formativos do convencimento do magistrado significa valorá-lo negativamente²⁹⁸, quiçá tal qual se valorava, e se ainda valora, a confissão.

Quanto à situação em que o arguido verbaliza uma dada versão, não se pode afirmar que assim teria procedido se tivesse sabido, antes, que podia, silenciar com segurança²⁹⁹; não se pode dizer que não foi prejudicado por ter dito algo, mesmo que se o tenha confirmado, porque negar ou afirmar a autoria, *e.g.*, difere de silenciar. Prejudicado restará – mesmo que verbalize algo que seja confirmado ou refutado – se não foi tempestivamente advertido de que poderia calar, por infração direta à presunção de inocência e ao privilégio contra a auto-incriminação.

Em outra situação, os tribunais consideram a advertência de que o silêncio pode prejudicar um alerta heróico do magistrado de que, aliado às outras provas, o silêncio poderá condenar³⁰⁰.

realizaria [sem grifos no original].” (BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. Apelação Criminal n.º 59.406-3. Preliminar rejeitada. Relator: Clotário Portugal Neto. 18 nov. 1997).

²⁹⁸ ANDRADE refere-se à expressa disposição legal portuguesa do direito ao silêncio como “Um direito em relação ao qual o legislador quis deliberadamente prevenir a possibilidade de se converter num indesejável e perverso *privilegium odiosum*, proibindo a sua valoração contra o arguido”, o que se fez através: (a) do dever de as autoridades advertirem-no quanto a existência do direito; (b) da “drástica sanção da proibição da valoração (art.58.º, n.º3)” – sanciona-se com a nulidade –; (c) da tutela da *liberdade de declaração e depoimento* e (d) do art. 412.º do CP (pelo qual tipifica-se a *extorsão de depoimento*). (*Op. cit.*, p. 126-7).

²⁹⁹ “O fato do MM. Juiz, equivocadamente, ter advertido o réu, ora petionário, de que o **seu silêncio poderia ser usado contra ele**, quando, na realidade, deveria informá-lo de que, caso exercesse o direito de se manter calado, não sofreria prejuízo, **nenhum gravame lhe trouxe**, porquanto utilizou do seu interrogatório como meio de defesa, **ao negar a autoria** do fato que lhe foi imputado.” (BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gérias. Revisão Criminal n.º 1.0000.00.316452-2/000. Preliminar rejeitada. Relator: Kelsen Carneiro. 15 nov. 2003. DJ, 28/02/2004).

³⁰⁰ “Pede-se mais uma vez venia para discordar da defesa na parte que alega cerceamento de defesa, porquanto a observação de que o silêncio do justificante poderia resultar em seu prejuízo, afrontando seu direito ao silêncio, assegurado pela Constituição. (...)”

O silêncio não se enfeixa junto às provas, que *outras* não são, mas as *únicas* existentes. Utilizar-se do silêncio no interrogatório, não é abrir mão do direito de, oportunamente, produzir provas. Aditar o silêncio ao conjunto probatório é valorá-lo prejudicialmente. O simples fato de advertir que dele pode emanar prejuízo – seja ou não avaliado em conjunto com as prova – é, por si, um prejuízo, eis que intimida, coage, violenta: resta demonstrado o nada insípido prejuízo. “O silêncio deve, por isso, ser tomado como a ausência pura e simples da resposta, não podendo, enquanto tal, ser levado à livre apreciação da prova.”³⁰¹ Encare-o como autêntico *nullum* jurídico.

Entender o silêncio como opção indolente³⁰² ou inatural³⁰³ por não apresentar uma versão dos fatos – ponderação que vem à lume quando do convencimento do magistrado – é valorá-lo tal qual a uma confissão.³⁰⁴

A **advertência** contida no Termo de Qualificação e interrogatório (fls. 144/147), **de que o justificante não é obrigado a responder as perguntas e o silêncio poderá ser interpretado em seu prejuízo**, tal advertência, **tem por finalidade demonstrar ao acusado que seu silêncio conjugado com as provas contra si apuradas, resultam em seu desfavor**, jamais poderá ser entendido como cerceamento de defesa e afronta ao princípio constitucional [sem grifos no original].” (BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. Conselho de Justificação da Polícia Militar do Paraná n.º n.º 114.359-9. Preliminar rejeitada, decisão mantida. Relator: Clotário Portugal Neto. 05 dez. 2002).

³⁰¹ ANDRADE, *op. cit.*, p. 128.

³⁰² “Uma investigação deve apurar a existência ou não de ilícito independentemente da participação do suspeito. O fato de um investigado não colaborar na ação contra si próprio não é insolência; é apenas defesa.” É o que aduz o advogado Arnaldo Malheiros acerca do comportamento de seu cliente, o senhor Delúbio Soares, durante depoimento prestado à CPI dos Correios, em nota transcrita e comentada em artigo de jornal. (KRAMAER, Dora. **Estadão**, 24 de Julho de 2005).

³⁰³ Há, nesta decisão, atribuição explícita de sentido ao silêncio; calar seria inatural ao inocente: “O juiz criminal não se pode permitir nenhuma ingenuidade no exercício de suas funções, (...). O silêncio do réu não implica confissão, mas é significativa a atitude de quem, preso e acusado injustamente de crime gravíssimo, prefere manter-se calado, pois a **reação natural** de qualquer pessoa inocente é proclamar veementemente a sua inocência, esteja onde estiver [sem grifos no original].” (BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4.ª Região. Apelação Criminal n.º 6656. Relator: Juiz Amir Sarti. 12 nov. 2001. DJU, 16/01/2002, p. 1396).

³⁰⁴ “Acórdão do TACrimSP que **‘Recebe-se com desconfiança a alegação de inocência do acusado que, na fase policial, caiu em profundo silêncio. A razão é que, embora direito seu permanecer calado (...) já provoca forte desconfiança o teor de seu proceder na fase do inquérito; embora o silêncio do acusado seja direito que lhe assegura a Constituição Federal (art. 5º, nº LXIII), recebe-se de ordinário por confissão de culpa, em face da repugnância lógica em respeito ao estado de inocência. O inocente, quando injustamente incriminado, não apenas se revolta contra o acusador, mas protesta em altos brados. (...)’** É inviável o RE. Certo, a observação constante do acórdão recorrido, de que “recebe-se de ordinário por confissão de culpa” o “silêncio” do recorrido na “fase do inquérito”, “em face da repugnância lógica em respeito ao estado de inocência”, está em confronto com a jurisprudência desta Corte, (...) Certo, ainda, que tal garantia implicou

Quando o magistrado entende que todo o inocente necessariamente verbaliza sua versão, condena aquele que se cala a uma confissão velada.³⁰⁵

O silêncio não deve pesar ao convencimento porque nada é. Do contrário, trata-se de torturar racional e psiquicamente, por meio das implicações do exercício do direito ao silêncio. Acaso deveria o inquirido, ao exercer seu direito ao silêncio, lembrar o magistrado de que o deve presumir inocente? Ou de que seu convencimento obrigatoriamente precisa se pautar em provas? Ou de que lhe cabe, como cidadão responsável, autopolicar-se de, em decorrência do silêncio, *antes* decidir e *posteriormente* fundamentar sua sentença noutros elementos?

Reformam-se os estatutos legais para se garantir que do silêncio não advenha prejuízo. Cobram-se demonstrações de prejuízo quando aos próprios dispositivos legais se infligem. Um tanto contraditório, não parece? Antes: inaceitável, porque inconstitucional.

Comprova-se que a problemática não é de índole legiferante. Não se estão a reivindicar meras alterações legislativas ou inserções na Constituição de normas escritas que esmiúcem princípios. Trata-se de efetivamente apreender a principiologia que rege a Constituição – e, conseqüentemente, a *ratio* ontológica do Processo Penal – para, em seguida, aplicar-lhes aos

inconstitucionalidade superveniente da parte final do art. 186 do C. Pr. Penal, não podendo o silêncio do inquirido ser interpretado em seu desfavor. (...) **No caso dos autos, não há qualquer prejuízo que nulifique o processo, tendo em vista que o silêncio do acusado não constitui a base da condenação, que se arrimou em outras provas colhidas no processo.** Habeas corpus indeferido [sem grifos no original]." De fato, consta do acórdão - de forma expressa - que as "testemunhas (...) supriram fartamente o silêncio do réu". Extraí-se ainda, da leitura integral do acórdão recorrido, que a condenação amparou-se no depoimento da vítima, na prova testemunhal e no fato de o recorrente ter sido preso em flagrante, havendo, pois, apoio em fatos e provas autônomos e distintos, os quais o Tribunal *a quo* considerou suficientes e cujo reexame não se presta a instância extraordinária. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n.º 391546. Denegado. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. 12 fev. 2004. DJ, 12/02/2004, p. 00335).

³⁰⁵ Não se pode valorar jurisdicionalmente o silêncio. "A prática, porém, está a demonstrar que a crença de que o imputado possui o dever de colaborar na busca da verdade, embora infundada, tem impedido o pleno exercício do direito ao silêncio. Isso porque sua recusa é vista como um verdadeiro indicio de culpabilidade, acreditando alguns que, se o interrogado é inocente, não há motivos para impedir a reconstrução da verdade 'real' ". MOURA; MORAES. *Op. cit.*, p. 90.

institutos jurídicos³⁰⁶. Se novas leis não bastam, tampouco estritamente necessárias se fazem à realização do direito ao silêncio.

Enfim, “O que queríamos registrar aqui é que a conquista da cidadania não se pode fazer por lei nem apenas por decisões judiciais. A história apresenta seu conhecido movimento pendular e os juizes, como homens comuns que são, não estão alheios às influencias culturais do momento.”³⁰⁷ É preciso, não obstante, que façam o devido esforço para cumprir seu principal mister de garantes da Constituição da República e do cidadão. Ou, do contrário, restaria esperar de grandes atos a salvação da sociedade de um Estado Democrático de Direito?

³⁰⁶ “Com efeito, interpretar o silêncio em prejuízo do réu significa negar o princípio da presunção de inocência, mentir o contraditório, o direito e a garantia à ampla defesa, além de desrespeito à intimidade do membro do corpo social. Sinteticamente, negação do princípio do contraditório porque o silêncio pode ser o resultado da falta de ciência do exato teor da acusação, ou forma e exercício efetivo da ampla defesa; da presunção de inocência porque da conduta processual do réu, como já assentou Ada Pellegrini Grinover, nenhuma ilação pode ser tirada, muito menos de sua culpabilidade, e desrespeito à pessoa humana que tem o direito natural de calar, de fechar-se, de não ter de colidir valores, p. ex., a própria segurança jurídica e sorte processual em face dos valores éticos...” (AZEVEDO, *Op. cit.*, p. 291).

³⁰⁷ SUANNES, *Op. cit.*, p. 126.

5 CONCLUSÃO

O direito ao silêncio exprime uma conquista histórica da humanidade cujo significado é um construído que se atualiza constantemente. É corolário do privilégio contra a auto-incriminação, valor que ao ser investigado em um dado ordenamento jurídico permite inferir tanto o tratamento conferido ao silêncio, quanto a natureza do sistema processual penal vigente (acusatória ou inquisitória).

A sociedade brasileira incluiu-lhe explicitamente dentre os direitos constitucionais desde a CR de 1988, derogando a parte final do dispositivo infraconstitucional correspondente (artigo 186 do Código de Processo Penal). É que, ao prever o direito ao silêncio, o referido dispositivo possibilitava, entretanto, que quem o invocasse fosse prejudicado.

Em 1.º dezembro de 2003 promulgou-se a Lei n.º 10792 que alterou mais alguns artigos do CPP, em continuidade ao que se tem denominado de *Reforma do Código de Processo Penal*. Esse estatuto foi resultado da aprovação de um dos projetos de lei elaborados por uma comissão de juristas, os quais se subdividiram de forma a repartir entre si os trabalhos, ficando cada qual responsável por redigir novos dispositivos para determinada parte do CPP. Trata-se de uma pseudo-reforma, dentre outros motivos, por ser parcial. Constitucionaliza apenas aparentemente os diplomas infraconstitucionais, servindo de argumento retórico para quem a encampa. O fato de ser feita a conta-gotas mantém intocados dispositivos que permitem a continuidade da práxis vigente. A Lei n.º 10792 renovou a redação do artigo 186, criando o parágrafo único, o qual veda expressamente que do silêncio emane prejuízo. Entretanto, não adianta dizer que o silêncio não pode prejudicar o réu se permanece válido o dispositivo que permite tomá-lo como elemento para a formação do convencimento do juiz (artigo 198 do CPP). Daí ser retórica a reforma. Garante-se que o cidadão possa se calar, diz-se que do direito não emanará prejuízo, mas permite-se que o silêncio seja apontado dentre os fundamentos da decisão.

Se a reforma é parcial e retórica, se na prática o direito ao silêncio continua prejudicando quem o invoca, faz-se pertinente defender sua *efetividade material*. É algo que não virá de alterações legislativas. Mesmo que se reformasse por completo a sistemática processual penal, seria possível o alcance do direito ao silêncio permanecer tão restrito quanto atualmente se encontra através, por exemplo, da exigência de comprovação de prejuízo em decorrência de seu desrespeito. Por meio dessa exigência opera-se um giro lingüístico capaz de infirmar o significado de um direito como o em debate. Esquece-se de cumprir a regra que o veicula através da manipulação operada pela construção segundo a qual, para cumpri-la, faz exigências. Perceba-se a inversão do raciocínio quando em um Estado Democrático de Direito colocam-se oficialmente empecilhos para cumprir uma regra válida.

Não cabe exigir demonstração de prejuízo para fazer valer o direito ao silêncio. Fazê-lo é ignorar que o silêncio significa um não-ser. Permitir seu exercício atribuindo-lhe outros significados, seja por que motivo for, é inconstitucional e contraditório porque (a) fere os princípios da presunção de inocência, do devido processo legal e da ampla defesa; (b) tolhe o valor do privilégio contra a auto-incriminação; (c) conflita com o atual CPP que proíbe prejuízo a quem lhe invoque e (d) fere a lógica, pois do nada, nada pode advir.

O silêncio é uma forma de defesa e de invocação do princípio da presunção de inocência. Não se enfeixa junto às provas, que *outras* não são, mas as *únicas* existentes. Utilizar-se do silêncio no interrogatório não é abrir mão do direito de, oportunamente, produzir provas. Aditar o silêncio ao conjunto probatório é valorá-lo prejudicialmente. O simples fato de advertir que dele pode emanar prejuízo – seja ou não avaliado em conjunto com as provas – é, por si, um prejuízo, eis que intimida, coage, violenta: resta demonstrado o nada insípido prejuízo.

Todos os seguintes fatores precisam ser concomitantes e tempestivos para se falar em direitos autênticos à defesa e ao silêncio: (a) direito a ser advertido do direito ao silêncio; (b) direito de ser advertido de que do silêncio não pode advir prejuízo; (c) direito de ser orientado por advogado; (d) direito

de ser orientado por advogado antes de ser interrogado; (e) direito de o seu advogado estar presente e intervir durante o interrogatório. A inobservância de quaisquer desses direitos deve gerar a nulidade da fase postulatória do processo porque, ao respeitar apenas formalmente o devido processo legal e a presunção de inocência, ocasiona o prejuízo que se pretendeu ressaltar.

É possível tornar materialmente eficaz o direito ao silêncio; inicie-se a empreitada a partir de uma autêntica alteração de mentalidade por parte da sociedade, dos estudiosos e profissionais do Direito, incluindo a magistratura, a quem incumbe a garantia do cidadão frente ao aparato institucional. Ainda está em tempo de reverter a manipulação lingüístico-ideológica (operada pela reforma parcial e pela postura dos que insistem em não cumprir a regra), assumir o leme e voltar a colocar este barco, que é de todos, no rumo garantista da Constituição da República de 1988. É preciso resistir, em vez de engrossar as políticas flexibilizadoras que se impregnam por todos os lados, a violar direitos e garantias com tanto esforço conquistados. Um primeiro passo é respeitar as regras democráticas validamente instituídas, como a que garante o direito de calar.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA JUNIOR, João Mendes de. *O processo criminal brasileiro*. 4. ed. v.1 São Paulo: Freitas Bastos, 1959.

ARRUDA, J.J.. *História Integrada*. v. 2. São Paulo: Ática, 1999.

ARRUDA, J.J. *Toda a História*. São Paulo: Ática, 1997.

ANDRADE, Manuel da Costa. *Sobre as proibições de prova em processo penal*. Coimbra: Coimbra editora, 1992.

AZEVEDO, David Teixeira. *O interrogatório do réu e o direito ao silêncio*. Revista dos Tribunais, São Paulo. v. 682, p. 285-295, ago. 1992.

BARREIROS, José Antônio. *Processo Penal*. Coimbra: Almedina, 1981.

BARROS, Antônio Milton de. A defesa do acusado e sua intervenção no interrogatório judicial. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 14, abr./jun. 1996.

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. Torreri Guimarães. São Paulo: Hemus, 1983.

BIZZOTTO, Alexandre; RODRIGUES, Andréia de Brito. *Processo penal garantista: visão constitucional e novas tendências*. Goiânia: AB, 1998.

BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade: para uma teoria geral da política*. 9. ed. São Paulo: Paz e Terra. 2001.

MORAIS, José Luiz Bolzan de. *Do Direito social aos interesses transindividuais: o Estado e o Direito na ordem contemporânea*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

BUENO FILHO, Edgard Silveira. *O direito à defesa na constituição*. São Paulo: Saraiva, 1994.

BURNS, E. McNall. *História da Civilização Ocidental*. 38. ed. Rio de Janeiro: Editora Globo, 1997.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6ª ed., Coimbra: Almedina, 1993.

CARVALHO, Amilton Bueno de. Nós, juizes, inquisidores (ou da não presença do advogado no interrogatório). In: BONATO, Gilson (Org). *Direito penal e processual penal: uma visão garantista*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.

CARVALHO, José Murilo de. *A formação das almas: o imaginário da república do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 1990.

CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de. *O processo penal em face da Constituição*. 2. ed. reesc. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

CORDERO, Franco. *Guida alla procedura penale*. Torino: Utet, 1986.

CORRÊA, Márcia Maria de Barros. O direito ao silêncio no processo penal. *Revista Literária de Direito*, São Paulo, n. 36, jul./ago. 2000.

COTRIM, Gilberto. *Historia Geral: a ação da Igreja*. São Paulo: Saraiva, 1997.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *O direito de estar só: tutela penal da intimidade*. 2. ed. ver. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, Curitiba, n.30.

_____. *A lide e o conteúdo do processo penal*. Curitiba: Juruá, 1999.

_____. O papel do novo juiz no processo penal. In: *Direito alternativo: seminário nacional sobre o uso alternativo do direito*. Rio de Janeiro, jun, 1993.

DALARI, Dalmo de Abreu, *Elementos de teoria geral do Estado*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1989.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Processual Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1974, v.1.

DIAS NETO, Theodomiro. O direito ao silêncio: tratamento nos direitos alemão e norte-americano. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 19, ano 5, jul./set. 1997.

DOTTI, René Ariel. Garantia do direito ao silêncio e a dispensa do interrogatório. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 775, mai. 2000.

_____. Um pouco da história luso-brasileira. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, n. 10, abr./jun. 1995.

EYMERICH, Nicolau. *Manual dos inquisidores*. 2. ed. Ver. e ampl. Rio de Janeiro-Brasília: Rosa dos Tempos-Edunb, 1993.

FERNANDES, Paulo Sérgio Leite. Direito e dever ao silêncio. In: BARRA, Rubens Prestes; ANDREUCCI, Ricardo Antunes (Coord.). *Estudos jurídicos*

em homenagem a Manoel Pedro Pimentel. São Paulo: Revista dos Tribunais, 19929.

FONSECA, Ricardo Marcelo. Walter Benjamin, a temporalidade e o direito. In: MUSSE, R. et alii. *A Escola de Frankfurt no Direito*. Curitiba: Edibej, 1999. p. 75-86.

FRAGOSO, Heleno. Os direitos do homem e sua tutela jurídica. In: *Direito Penal e Direitos Humanos*, Rio de Janeiro: Forense, 1977.

FREITAS, Juarez. *A Interpretação Sistemática do Direito*. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 40.

GILISSEN, John. *Introdução histórica ao direito*. 2 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. O direito à prova no processo penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. O princípio da presunção de inocência na Constituição de 1988 e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 42, abr. 1994.

INÁCIO, Inês e LUCA, Tânia Regina. *O Pensamento Medieval*. São Paulo: Ática, 1983.

IGLÉSIAS, Francisco. *Constituintes e constituições brasileiras*. 3. ed. São Paulo: Brasiliense, 1986.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, trad. Paulo Quintela, Lisboa, Ed. 70, 1986.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Uma introdução à história social e política do processo. In: WOLKMER, Antonio Carlos (Coord.). *Fundamentos de história do direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. Ampla defesa, contraditório e defesa efetiva. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 725, mar. 1996.

MACHADO, Luiz Alberto. A Presunção constitucional de inocência. *Revista da Faculdade de Direito*, Curitiba, v. 27, n.27, 1992/93.

MAIER, Júlio B. J. *Derecho Procesal Penal Argentino*. Buenos Aires: Hamumurabi S. R. L., 1989, t. 1, v. b.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Campinas. Bookseller, 1997, v. 1 e 2.

MÉDICI, Sérgio de Oliveira. Interrogatório do réu e direito ao silêncio. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 694, ago. 1993.

MELLO, Baptista de. O silêncio no direito. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 751, mai. 1998.

MENDES DE ALMEIDA, Joaquim Canuto. *Princípios Fundamentais do Processo Penal*. Revista dos Tribunais. São Paulo. 1973.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; MORAES, Maurício Zanoide. Direito ao silêncio no interrogatório. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 6, abr./jun. 1994.

MÉDICI, Sérgio de Oliveira. Interrogatório do réu e direito ao silêncio. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 694, p. 303-309, ago. 1993.

NEVES, Serrano. *O direito de calar*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1960.

NORONHA, E. Magalhães. Curso de direito processual penal. 19. ed. atual. São Paulo: Saraiva.

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

ORLANDI, Eni Puccinelli. *As formas do silêncio: no movimento dos sentidos*. 4. ed. Campinas: Editora da UNICAMP, 1997.

PEDROSO, Fernando de Almeida. *Processo penal, o direito de defesa: repercussão, amplitude e limites*. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

PEREIRA, Gisele Mendes. *O silêncio do acusado no processo penal brasileiro*. Curitiba, 2001. 211 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná.

PIERANGELLI, José Henrique. *Processo penal: evolução histórica e fontes legislativas*. Bauru: Jalovi, 1983.

PIZZINATO, Alceu e SENISE, Maria Helena. *Historia Moderna e Contemporânea: a formação dos Estados Nacionais*. São Paulo: Ática, 1997.

PRADO, Geraldo. O direito ao silêncio. *Jurispoiesis. Revista dos Cursos de Direito da Universidade Estácio de Sá*, Rio de Janeiro, n. 1, mar./jul. 1999.

RIBEIRO, Darcy. *O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil*. 2. ed. 16. reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

- SAOZA, Osvaldo R. de. *Historia Antiga e Medieval*. 24. ed. São Paulo: Ática.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1998.
- STRECK E BOLZAN DE MORAES, Ciência Política e Teoria Geral do Estado, 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- SUANNES, Adauto Alonso S. *Os fundamentos éticos do devido processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- TORNAGHI, Hélio Bastos, *Instituições de processo penal*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1978, v. 1, 2, 3 e 4.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1990, v. 1, 2 e 3.
- TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1993.
- VICENTINO, Cláudio. *Historia Geral*. São Paulo: Scipione, 1991.
- VELO, Joe Tennyson. *Ensaio sobre a história da criminologia comparada a da psiquiatria*. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, n. 29, 9. 269-300, jan./mar. 2000.
- VERRI, Pietro. *Observações sobre a tortura*. São Paulo: Martins Fontes, 1992.
- WOLKMER, Antônio Carlos. *História do direito no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.