UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO

Apontamentos para uma revisão do direito constitucional ao silêncio no sistema jurídico brasileiro

JOSÉ HANIEL DE SOUZA BARROS

Monografia apresentada como requisito parcial necessário à obtenção do grau de bacharel em Direito, realizado sob a orientação do professor doutor Frederico Henrique Viegas de Lima

Brasília

2011

FICHA CATALOGRÁFICA

BARROS, José Haniel de Souza, 1985 -.
Apontamentos para uma revisão do direito constitucional ao silêncio no sistema jurídico brasileiro / José Haniel de Souza Barros. - 2011.

Orientador: Frederico Henrique Viegas de Lima.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) - Universidade de Brasília, Curso de Direito, 2011.

1. Direito ao silêncio. 2. Hermenêutica constitucional. 3. Revisão crítica. I. LIMA, Frederico Henrique Viegas de. II. Universidade de Brasília, Curso de Direito. III. Título.

“Aquele que durante o interrogatório insiste em não responder às perguntas feitas merece uma pena afixada pelas leis, uma pena das mais severas entre as previstas, para que os homens não faltem à necessidade do exemplo que devem ao público”

Cesare Beccaria

RESUMO

O presente trabalho se desenvolveu a partir de observações empíricas em processos judiciais. Notou-se que grande parte dos acusados utilizam o silêncio para retardar o processo que têm contra si ou mesmo para ocultar um crime efetivamente cometido. Começou-se a questionar, assim, o que fundamenta este direito ao silêncio. A análise histórica do instituto foi uma ferramenta imprescindível para esta tarefa. Com este instrumento, foi possível apontar o equívoco de aplicar o direito ao silêncio de maneira "absoluta" e "irrestrita" (palavras utilizadas por juízes e doutrinadores) no sistema jurídico brasileiro de hoje. Isto porque este direito surgiu em um contexto completamente diverso do atual, quando o acusado não tinha direitos fundamentais básicos, como ampla defesa, presunção de sua inocência, proteção física e psicológica. Portanto, sob uma perspectiva lógica e jurídica, não é mais possível silenciar sempre, enganando a justiça ou ocultando um crime cometido. Com isto, se quer dizer simplesmente que o direito ao silêncio não é absoluto, nem irrestrito. Tentou-se demonstrar que qualquer interpretação neste sentido é descabida, pois incompatível com o sistema jurídico brasileiro atual.

Palavras-chave: direito ao silêncio; interpretação; Beccaria; revisão crítica

Sumário

INTRODUÇÃO.....6

1. HISTÓRIA DO DIREITO AO SILÊNCIO.....11
1.1 Invenção do direito ao silêncio 11
1.2. Direito ao silêncio fora do Brasil..... 14
1.3. Direito ao silêncio no Brasil 15

2. FUNDAMENTOS DO DIREITO AO SILÊNCIO.....17
2.1. Vedação de auto-incriminação 17
2.2. Dignidade da pessoa humana..... 18
2.3. Silêncio na obra de Beccaria..... 19

3. INTERPRETAÇÃO DO DIREITO AO SILÊNCIO.....21
3.1. Idéia de interpretação..... 21
3.2 Interpretação e Constituição 23
3.3 Leitura da doutrina, da jurisprudência e do legislador ordinário..... 25
3.4. Uma leitura com outros elementos 30

CONCLUSÃO.....36

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....38

INTRODUÇÃO

Segundo conta Moisés, no livro sobre a formação do mundo[1], Deus criou um jardim para o homem nele habitar. Fez brotar neste jardim três árvores: uma agradável a vista e boa para comida, a árvore da vida e a árvore da ciência do bem e do mal. E ordenou Deus: ¨C de toda a árvore do jardim comerás livremente, mas da árvore da ciência do bem e do mal, não comerás, porque no dia em que dela comeres, certamente morrerás.

Deus ¨C ressalta Moisés ¨C conhece todas as coisas. Assim, quando Adão e Eva descumpriram a lei, comendo justamente do fruto proibido, este fato já era conhecido pelo Criador. Todavia, *se Deus tivesse limites humanos, o que teria feito para conhecer a verdade? Como investigaria?* Com esta pergunta, adentra-se, ainda que metaforicamente, ao centro deste trabalho.

Nesta metáfora, o Estado é o deus que tem o poder de impor limites aos homens. É o Estado que traça a linha que divide o bem do mal. Ao contrário das razões de Deus, as razões do Estado podem ser especuladas. Os limites existem para benefício do próprio Estado. Primeiro para sua existência e depois para a *paz* de cada pessoa integrante do Estado.

Atualmente, são as próprias pessoas que criam suas regras, por um procedimento democrático. A imposição de um limite presume-se, então, para bem da maioria. A todo indivíduo o Estado garante o direito de fazer qualquer coisa que quiser. Só não pode ultrapassar o limite da legalidade, matando, roubando, comendo justamente da árvore do bem e do mal.

O problema nasce, portanto, quando algum ato ilícito é cometido. Aliás, o problema surge dos limites do Estado de conhecimento desses atos. O ser humano conviverá sempre com a irracionalidade, porque é de sua natureza, e ¨C portanto ¨C terá de conviver sempre com o erro. Se todos os delitos fossem, entretanto, testemunhados (conhecidos) pelo Estado, poderiam ser avaliados, corrigidos, modificados.

Quando alguém morre, o Estado precisa *investigar*, porque não é onisciente como um deus. Precisa saber se houve um homicídio ou se a morte se deu por causas naturais. Como investigar? Quais os limites da investigação? A história mostra que o poder de investigar quase sempre se exerceu da forma mais ilimitada possível. Em virtude disso, surgiram diversos direitos para os que se encontravam sob investigação. Entre esses direitos, encontra-se o silêncio.

O presente trabalho constitui-se, neste sentido, em estudo específico sobre o direito constitucional ao silêncio. A Constituição Federal de 1988 assim o estabelece: "o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e do advogado" (art. 5º, inciso LXIII).

O Código de Processo Penal dispõe de forma semelhante: "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" (art. 186, caput).

Apesar de constar na Constituição a palavra "preso", é certo que o direito em análise se estende a todos os acusados em geral, conforme dispõe o Código de Processo Penal. Por esta razão, o termo usado ao longo do trabalho, para se referir ao destinatário do direito ao silêncio, será acusado.

A garantia ao silêncio é uma construção histórica. Surgiu, de modo geral, conforme será detalhado no primeiro capítulo deste trabalho, em reação à tortura, prática usualmente utilizada no período medieval, para se obter, em um inquérito, a confissão do acusado.

Desse surgimento mais remoto até a incorporação do direito ao silêncio no sistema jurídico brasileiro, o contexto em que se interpreta e se aplica esta garantia mudou substancialmente. De um estado inquisitorial a um estado democrático de direito, com a cristalização, desde a Revolução Francesa até hoje, de direitos fundamentais, como o devido processo legal, presunção de inocência, garantia à integridade física do preso, proibição e criminalização da tortura, ampla defesa, surgiram muitas mudanças.

Com efeito, será difícil encontrar um jurista que defenda, hoje, a tortura para a obtenção de uma prova judicial. Por outro lado, a prática jurídica moderna mostra que o

---

[1] Gênesis, 2 : 4-17.

silêncio garantido ao acusado não cumpre mais o papel de inibidor da tortura, mas é usado essencialmente para dois objetivos: a) não produzir prova contra o próprio acusado; e b) ocultar a prática de um ato ilícito.

A impossibilidade de se poder exigir a um acusado que produza provas contra si próprio, tema que será aprofundado no segundo capítulo desta monografia, é um direito reconhecido na maior parte do mundo. Neste sentido, dispõe expressamente a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, subscrita durante a Conferência Especializada de Direitos Humanos, de 22 de novembro de 1969, na cidade de São José, na Costa Rica:

> "Artigo 8º - Garantias judiciais. 2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: g) **direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada**" (grifo nosso)

Esta garantia parece ser, na atualidade, a que melhor fundamenta o direito ao silêncio. Persiste, todavia, um questionamento: e quando este direito é utilizado de forma fraudulenta, para ocultar um crime efetivamente cometido? Esta é a questão central do presente trabalho.

Antes de analisar este problema, é preciso refletir sobre a importância do direito ao silêncio. Os processualistas Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar trazem interessantes questionamentos. Em estudo sobre o interrogatório, afirmam que uma de suas características deve ser a espontaneidade. Entendem, no entanto, muito difícil esta espontaneidade em interrogatório realizado dentro de estabelecimento prisional:

> "É claro que o preso não ficará a vontade para relatar, no interrogatório realizado dentro do presídio, circunstâncias que possam esclarecer o fato, principalmente se estas comprometerem outros infratores, afinal, a 'lei do silêncio' impera nos estabelecimentos prisionais, e a pena para esta violação é paga muitas vezes com a vida. **Como delatar outros infratores que estão no mesmo ambiente prisional? E denunciar a tortura praticada para que houvesse confissão?** É o risco que muitos optam por não correr"[2] (grifo nosso)

Apesar de os autores estarem se referindo especificamente ao interrogatório em estabelecimento prisional, é possível trazer estas mesmas perguntas para um contexto maior.

---

[2] (TÁVORA; ALENCAR, 2011, p. 403)

Em quantas oportunidades um acusado deixa de apontar sua versão dos fatos para proteger a própria vida? É plenamente possível que o estado-polícia exija dos acusados a confissão de um delito não cometido. Podem utilizar-se da tortura e não raro há notícias de que isso acontece.

Algumas questões, no entanto, precisam ser igualmente refletidas. O silêncio de um acusado, quando lhe é dada a oportunidade de defender-se, não pode exercer também a função de omitir um ato ilícito realmente praticado? Se é verdade que a garantia ao silêncio pode evitar abusos por parte do estado-polícia, não é certo também que o silêncio pode abrigar uma fraude à própria investigação estatal?

Os avanços tecnológicos característicos da sociedade atual denunciam, com alto grau de segurança, a intenção de muitos acusados em esconder práticas ilícitas que realmente cometeram. Câmeras, aparelhos GPS's (*Global Positioning System*), celulares e outros instrumentos que permitem obter imagem, som e localização exatos, podem tornar inverídica a descrição específica de um fato feita perante um tribunal. Assim, existindo o risco de isto acontecer, o acusado prefere silenciar, a dar uma narrativa qualquer.

O silêncio que esconde o ato ilícito é, desta forma, a preocupação maior deste trabalho. Neste sentido, é necessário abrir um corte conceitual, para dividir a aplicação do direito ao silêncio em duas hipóteses distintas, tendo como critérios o comportamento e intenção do acusado no processo.

A jurisprudência e a doutrina, conforme se notará no terceiro capítulo do presente trabalho, não conhecem este corte ou se o conhecem, não o admitem. Tanto para os juízes, quanto para a doutrina dominante, o direito ao silêncio deve ser aplicado de forma irrestrita. Para eles, este direito constitucional permite tanto a omissão dos fatos nas mais variadas situações, quanto a própria mentira sobre eles.

O legislador ordinário, por sua vez, foi mais sensível ao problema. De início, entendeu que "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"[3].

Mudou radicalmente de posição, dispondo, na redação atual do mesmo artigo, dada pela Lei nº 10.792/2003 que "o silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser

[3] Art. 186 do Código de Processo Penal, com redação anterior ao ano de 2003.

interpretado em prejuízo da defesa". Esta mudança de posição é importante e mereceu análise mais detida no terceiro capítulo do presente trabalho, que cuidará da interpretação do silêncio.

Com a estrutura de idéias apresentada, se pretendeu examinar as conseqüências jurídicas do direito ao silêncio conforme previsto na Constituição Federal de 1988. Este foi, entretanto, apenas o ponto de partida. Foi preciso se despir de uma concepção estática de direito, em especial de direito constitucional, para um estudo mais dinâmico, que pudesse incluir também *as mudanças de contexto* de aplicação do direito e não apenas o direito em si.

Ver um acusado, com seu silêncio, omitir fatos ou mentir sobre eles, de forma irrestrita, fundamentando esta conduta na própria Constituição causa perplexidade, quando se adota a ótica do presente trabalho. O que se vê é uma fraude ao procedimento judicial de busca dos fatos. É preciso, portanto, entender o direito ao silêncio dentro de seu novo contexto jurídico e indagar se os seus fundamentos se sustentam.

Desta forma, deve-se perguntar: a) o indiciado que tem incólume sua integridade física ainda pode omitir fatos?; b) o indiciado que só será condenado com provas de seu delito, já que se presume inocente, ainda pode omitir fatos?; c) o indiciado com direito a um devido processo legal, ainda pode omitir fatos? Note-se que estes são valores constitucionais novos, se comparados ao estado inquisitorial vigente no contexto de surgimento do direito ao silêncio.

Percebe-se que o tema é complexo, pois apresenta muitas variáveis. Duas, todavia, merecem destaque. A primeira se relaciona ao procedimento estatal de investigação, pois o direito ao silêncio é um dos elementos que o constitui.

A segunda variável na análise do tema é a interpretação do direito ao silêncio, isto é, uma tentativa de compreender o sentido e o alcance da norma, expressando-os com figuras diferentes das usadas em sua formulação original[4]. Assim, serão examinados os discursos da doutrina e da jurisprudência em sua análise interpretativa, com a inclusão de novos elementos.

---

[4] (HERKENHOFF, 2004, p. 9)

1. HISTÓRIA DO DIREITO AO SILÊNCIO

1.1 Invenção do direito ao silêncio

Este capítulo abordará a história do direito ao silêncio. Não é, entretanto ¨C caso assim se imagine ¨C um capítulo meramente informativo. A história do direito ao silêncio faz parte da essência do presente trabalho, na medida em que ela é caminho necessário, sob a perspectiva aqui assumida, para se abordar os fundamentos e a interpretação deste direito. As conseqüências deste estudo histórico estão, portanto, no centro da presente reflexão.

Surge, assim, uma primeira pergunta fundamental: *quando* surgiu o direito ao silêncio? *Como* surgiu? Quais os *motivos* determinaram seu reconhecimento? Conforme se notará mais adiante, o direito ao silêncio não existiu sempre. Ele foi, em dado momento, inventado. Aliás, esta idéia toma como premissa uma afirmação mais geral, formulada pelo filósofo Friedrich Nietzsche, de que todo o conhecimento é inventado. A afirmação é esta:

> "Em algum ponto perdido deste universo, cujo clarão se estende a inúmeros sistemas solares, houve, uma vez, um astro sobre o qual animais inteligentes inventaram o conhecimento. Foi o instante da maior mentira e da suprema arrogância da história universal"[5]

[5] (NIETZSCHE *apud* FOUCAULT, 2003, p. 13)

Em estudo específico sobre esta afirmação, Michel Foucault, pensador francês, traz diversos elementos para sua compreensão[6]. O primeiro é distinguir a palavra invenção (em alemão *Erfindung*), adotada no texto de Nietzsche, da palavra origem (*Ursprung*). **Este discernimento é necessário para demonstrar que a invenção é uma ruptura, algo que possui um começo sem importância e evolui gradativamente.** São exemplos de invenção, para Nietzsche, a poesia, a religião, o conhecimento.

O conhecimento é, portanto, inventado. Como se dá esta invenção, todavia? Por relações de poder, por resultado dos instintos. Spinoza entendia que compreender (*intelligere*) era abster-se de rir (*ridere*), deplorar (*lugere*) e detestar (*detestari*). Nietzsche diz exatamente o contrário, afirmando que compreender "não é nada mais que um certo jogo, ou melhor, o resultado de um certo jogo, de uma certa composição ou compensação entre *ridere*, rir, *lugere*, deplorar, e *destari*, detestar"[7].

Neste sentido, parece que o direito ao silêncio foi gestado durante a Inquisição, como *reação instintiva* a ela. A Inquisição consistia em um método utilizado pela Igreja para admoestar ao seguimento estreito nos caminhos da fé cristã, por meio de procedimentos de investigação destinados a este fim.

Havia, no entanto, uma união entre Estado e Igreja, que levava a duas conseqüências: a Inquisição também investigava crimes, condutas seculares, além de pecados, e legitimava-se, por outro lado, a investigação eclesiástica pelo Estado em decorrência desta união. Foucault diz, neste sentido, que "se tem assim por volta do século XII, uma curiosa conjunção entre a lesão à lei e a falta religiosa"[8]. Este pensador resume o período inquisitorial da seguinte forma:

> "Havia, com efeito, uma prática de inquérito na Igreja da Alta Idade Média, na Igreja Merovíngia e Carolíngia. Esse método se chama *visitatio* e consistia na visita que o bispo devia estatutariamente fazer, percorrendo sua diocese, e que foi retomado, em seguida, pelas grandes ordens monásticas. Ao chegar em determinado lugar o bispo instituía, em primeiro lugar, a *inquisitio generalis* ¨C inquisição geral ¨C perguntando a todos os que deviam saber (os notáveis, os mais idosos, os mais sábios, os mais virtuosos) o que tinha acontecido na sua ausência, sobretudo se tinha havido falta, crime, etc. Se esse inquérito chegasse a uma resposta positiva, o bispo passava ao segundo estágio, à *inquisitio specialis* ¨C inquisição especial ¨C que consistia em apurar quem tinha feito o que, em determinar em verdade quem era o autor e

6 (FOUCAULT, 2009, p. 14-16)
7 (FOUCAULT, 2003, p. 20/21)
8 (Idem, p. 74)

> qual a natureza do ato. Finalmente um terceiro ponto: a confissão do culpado podia interromper a inquisição em qualquer estágio, em sua forma geral ou especial. Aquele que tivesse cometido o crime, poderia apresentar-se e proclamar publicamente: 'Sim! Um crime foi cometido; consistiu nisso; eu sou o seu autor' "[9]

Era este exatamente o objetivo do inquisidor: que o acusado confessasse o delito. Acreditava-se que as informações denunciativas eram verdadeiras. Pressupunha-se que havia existido uma afronta aos sagrados mandamentos de Deus e precisava-se, com isto, investigá-la para puni-la. Presumia-se que o acusado era culpado e que, uma vez que não confessasse espontaneamente o delito ou heresia, negando as acusações ou calando-se, estava com isto fugindo de sua justa punição. Como obter, então, a confissão? Como quebrar o silêncio? *Com a tortura*.

João Claudio Couceiro[10] ensina que a tortura era utilizada para obter a confissão, mas também o arrependimento do acusado. Em verdade, o compromisso principal da Igreja era com a doutrina que professava. A confissão não era seu objetivo principal, a ponto de o arrependimento voluntário implicar na interrupção do procedimento inquisitório. **No entanto, a tortura não era dispensada para o esclarecimento dos fatos**. Foi adotada como prática regular na bula *Ad extirpanda*, de 1252, por Inocêncio IV e em outros atos pontifícios, notadamente, no de Alexandre IV, em 1259, e de Clemente IV, em 1265.

É preciso destacar, portanto, que o contexto em que foi gestado o direito ao silêncio é completamente diverso do contexto atual. A tortura, durante a Inquisição, era prática legítima e institucionalizada. Não se justifica ¨C entretanto ¨C na maioria dos sistemas jurídicos modernos. A tortura, no Brasil, foi abolida na Constituição Política do Império. Neste sentido, vale o histórico feito por Pontes de Miranda, glosando artigo 150, § 14, da Constituição de 1967, referente à integridade física e moral do acusado:

> "Art. 150, § 14. Impõe-se a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral do detento e do presidiário. 1) **I. Constituição Política do Império do Brasil, art. 179, 19: 'Desde já ficam abolidos os açoutes, a tortura, a marca de ferro quente e todas as mais penas crúeis**'; 21: "As cadeias serão seguras, limpas e bem arejadas, havendo diversas casas para separação dos réus, conforme suas circunstâncias e natureza de seus crimes'. II. Constituição de 1891, art. 72, § 26: "Fica abolida a pena de galés e a de banimento judicial'. III. Constituição de 1934, omissa. IV. Constituição de 1937, omissa. V. Constituição de 1946, omissa" (grifo nosso)

---

9 (Idem, p. 70)

10 (COUCEIRO, 2004, p. 47)

E depois do histórico, comenta:

> "A aparição do art. 150, § 14, na Constituição de 1967 revela que o recuo, em 1964, foi de século e meio. O legislador constituinte teve por fito pré-excluir qualquer prática de torturas, físicas e psíquicas, para que se assegurasse a quem nasceu no Brasil ou a quem está no Brasil a integridade física e psíquica"[11]

Foi o trauma causado pela Inquisição que fez nascer um instinto de proteção, de defesa, contra as práticas realizadas naquele período. Assim, este sistema inquisitorial começa a não ser mais aceito[12], até ser substituído durante a Revolução Francesa.

Com os ideais de igualdade, liberdade e fraternidade, garante-se ao indivíduo uma série de direitos fundamentais oponíveis ao próprio Estado, ou seja, o procedimento de apuração de delitos deverá seguir leis criadas pelos próprios cidadãos. Só será proibido (e, portanto, passível de punição) a conduta que a lei criada pela sociedade declarar e não mais o que a Igreja prescreve.

Os fatores apontados, a saber, o contexto histórico vigente durante o período inquisitorial e a posterior contestação desse sistema, foram os fatores que germinaram a criação do direito ao silêncio, isto é, são elementos que forneceram condições para seu desenvolvimento. Não foi no período apontado, contudo, que este direito nasceu. Nenhum nascimento se dá sem dificuldade. E é possível dizer que o direito ao silêncio ainda não está completamente formado: ele ainda está nascendo.

1.2. Direito ao silêncio fora do Brasil

O direito ao silêncio não vem se desenvolvendo de maneira uniforme no mundo. Em cada país, parece haver um fundamento peculiar que o autorize ou rechace de maneira mais ou menos intensa. No Brasil, este direito apresenta uma história completamente singular, conforme se demonstrará adiante.

---

[11] (MIRANDA, 1968, p. 329)

A atual legislação da Inglaterra é uma demonstração de que o direito ao silêncio não tem como único fundamento a vedação de auto-incriminação. Depois de um longo debate sobre o direito ao silêncio, uma comissão chamada *Report of the Home Office Working Group on the Right Silence* chegou às seguintes conclusões: a) o direito de permanecer calado era utilizado sobremaneira pelos criminosos "profissionais"; b) os advogados geralmente aconselhavam ao acusado ficar em silêncio; e c) o exercício do direito ao silêncio era a maior barreira para a polícia obter provas que levassem a condenações, dando margem à impunidade[13].

Por causa destes elementos houve um movimento que pretendeu abolir o direito ao silêncio, com o lema de que "os inocentes não têm nada a esconder". Não se aboliu, contudo, este direito, mas ele foi bastante restringido por uma lei de 1994, o *Criminal Justice and Public Order Act.*

Ao contrário da Inglaterra, nos Estados Unidos da América, a tendência é de alargar a aplicação do direito ao silêncio. Este direito é entendido como incluso na 5ª emenda à Constituição estadunidense: (...) "ninguém será compelido a testemunhar contra si próprio no curso de um processo criminal", a partir principalmente do caso Miranda *vs*. Arizona, de 1966.

Ernesto Miranda, mexicano, foi preso em Phoenix, estado do Arizona, acusado da prática de crime sexual. Depois de interrogado por dois policiais, estes últimos datilografaram uma confissão, que foi assinada por Miranda, contendo um parágrafo em que se afirmava não ter havido qualquer ameaça e ter sido feito de forma voluntária. Esta declaração foi utilizada como prova. Miranda foi condenado pelo tribunal do júri. O Supremo Tribunal do Arizona confirmou a sentença. No entanto, a Suprema Corte dos Estados Unidos anulou a condenação, entendendo que Miranda não tinha sido informado do seu direito de ficar calado, maculando, assim, sua confissão.

1.3. Direito ao silêncio no Brasil

---

[12] Couceiro cita a crítica feita por Hobbes, no *De Cive* (1642), de Voltaire, no *Tratado da Tolerância* (1762), e de Pietro Verri, no *Observações sobre a tortura* (1770) (COUCEIRO, 2004, p. 52/53).

[13] (COUCEIRO, 2005, p. 81-82)

A partir do caso Miranda *vs* Arizona, consolida-se a individualização do direito ao silêncio, com características e fundamentos próprios. Segundo a doutrina constitucional[14] e também jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, este caso é o precursor do reconhecimento pelo legislador constituinte de 1988 do direito ao silêncio.

É preciso deixar claro que isto é um equívoco. Muitas distinções necessitam ser feitas, aqui. O direito ao silêncio no Brasil não surgiu com a Constituição Federal de 1988. O Código de Processo de Penal vigente ¨C em sua redação original ¨C já estabelecia, desde 1941, que "antes de iniciar o interrogatório, o juiz observará ao réu que, embora **não esteja obrigado a responder às perguntas que lhe forem formuladas**, o seu silêncio poderá ser interpretado em prejuízo da própria defesa" (art. 186, redação original) (grifo nosso). É possível discutir os novos contornos delineados pela Constituição, mas não se pode negar a existência anterior do direito ao silêncio.

O reconhecimento deste direito na Carta Política vigente tem como causa imediata não a influência do caso Miranda *vs* Arizona, mas sim o contexto sócio-político brasileiro quando de sua promulgação. A Constituição estabelece que "o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e do advogado" (art. 5º, inciso LXIII).

Uma pergunta muito pertinente deve ser feita: qual a relação entre o direito ao silêncio, a garantia de assistência da família e direito à defesa técnica, por advogado? Sua disposição em um mesmo inciso parece indicar uma causa, um fundamento comum. É necessário lembrar que o Brasil saíra recentemente, no ano de 1985, de um regime político ditatorial, em que não eram raros os relatos de desaparecimentos, prisões arbitrárias e torturas.

Quando então se promulga a Constituição, símbolo por excelência do novo regime político democrático, garante-se assistência da família e do advogado, para impedir os desaparecimentos e tutela-se o direito de permanecer calado, para evitar a tortura.

Ressalte-se a deficiência da doutrina constitucional brasileira em identificar a história do direito constitucional ao silêncio. Parece que a interpretação deste direito tem sido feita a partir do contexto estadunidense. Antes mesmo, entretanto, de a Suprema Corte dos Estados Unidos individualizar o direito ao silêncio no caso Miranda *vs* Arizona (1966), ele já era reconhecido no Código de Processo Penal (1941) vigente.

Mesmo os contornos definidos na atual Constituição Federal têm mais relação com o contexto latino-americano do que com as influências das decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos. Não é possível entender, conforme salientado, o art. 5º, inciso LXIII sem entender as ditaduras que assolaram, de maneira mais ou menos uniforme, a América Latina. Interessante notar, neste sentido, que a Constituição Mexicana de 1917, promulgada logo após a ditadura de Porfírio Dias, findada em 1911, assegura os mesmos direitos da Constituição brasileira:

> "Artículo 20. El proceso penal será acusatorio y oral. Se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación. B. De los derechos de toda persona imputada: II. A declarar o a guardar silencio. Desde el momento de su detención se le harán saber los motivos de la misma **y su derecho a guardar silencio, el cual no podrá ser utilizado en su perjuicio**. Queda prohibida y será sancionada por la ley penal, toda incomunicación, intimidación o tortura. La confesión rendida sin la asistencia del defensor carecerá de todo valor probatorio"[15] (grifo nosso)

A questão principal que se coloca, doravante, é conhecer as consequências do reconhecimento pela Constituição Federal de 1988 do direito de permanecer calado, para se poder determinar seu alcance. Em outras palavras: o que muda no sistema jurídico brasileiro com este reconhecimento constitucional?

---

[14] (MORAES, 2002, p. 399-400)

[15] Disponível para download em http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1.pdf Acessado em 25/09/2011.

2. FUNDAMENTOS DO DIREITO AO SILÊNCIO

2.1. Vedação de auto-incriminação

Não é possível deixar de abordar o problema da fundamentação do direito ao silêncio. Isto porque a fonte buscada por cada autor para explicá-lo será diferente, a depender de que como ele ¨C autor ¨C o compreenda. Assim, por exemplo, Thiago Bottino não dissocia direito ao silêncio do princípio de vedação de auto-incriminação e, em virtude disso, encontra

na 5ª emenda[16] à Constituição dos Estados Unidos da América, de 1791, o primeiro diploma legal a tutelar o direito ao silêncio[17].

Por outro lado, João Cláudio Couceiro entende direito ao silêncio de forma mais estrita, como garantia do acusado de simplesmente não falar para se defender, só admitindo sua existência nos sistemas continentais[18] em 1897, com a promulgação de uma lei que estabelecia uma instrução inicial (*instruction préalable*) ao acusado, permitindo-lhe que se defendesse, e no sistema anglo-saxão, a partir de 1679, com o reconhecimento de alguns instrumentos de defesa ao acusado[19].

O que fundamenta, então, o direito ao silêncio? É uma consequência do princípio da vedação de auto-incriminação, um meio de defesa, um requisito necessário ao devido processo legal? Ou nenhuma dessas hipóteses? Qual é a base que sustenta este direito? Segundo entendimento que se vem consolidando, tanto em sede doutrinária, quanto jurisprudencial, o fundamento do direito ao silêncio está no princípio da vedação de auto-incriminação.

Este princípio, segundo informação que se encontra no trabalho monográfico de Cláudia Nicolazzi Medeiros da Cunha Delpizzo[20], tem raízes na Antiguidade e foi afirmado por São João Crisóstomo, segundo o qual ninguém poderia ser obrigado a trair a si mesmo em público. Faz referência ainda à existência da vedação da auto-incriminação, no direito hebreu, para crimes que levassem à pena de morte, pois a confissão, em tal hipótese, equivaleria a uma espécie de suicídio, não dispondo o homem deste direito, pois a vida pertence somente a Deus[21].

Parece que o princípio da vedação da auto-incriminação tem, de fato, um aspecto religioso, já que, dentro de categorias lógicas, é incoerente ao Estado dispensar o esclarecimento de uma possível afronta ao ordenamento jurídico, em virtude de um direito individual do cidadão não confessar, inclusive quando tenha realmente cometido um ato ilícito.

---

16 5ª emenda: (...) *ninguém será compelido a testemunhar contra si próprio no curso de um processo criminal.*

17 (BOTTINO, 2009, p. 54)

18 (COUCEIRO, p. 57)

19 (COUCEIRO, p. 71)

20 Disponível em http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/34821/Direito_Sil%C3%AAncio_Interpreta%C3%A7%C3%A3o_Cl%C3%A1udia_Nicolazzi.pdf?sequence=1. Acesso em 29.02.2011

2.2. Dignidade da pessoa humana

O princípio da dignidade da pessoa humana é fundamento da República Federativa do Brasil, conforme art. 1º, III, da Constituição Federal de 1988. O que informa este princípio? Qual seu conteúdo? A estas perguntas tem sido dadas inúmeras e diferentes respostas. Destaca-se, entretanto, o desenvolvimento na obra do filósofo Immanuel Kant.

Segundo Kant, o ser humano deve ser tratado como um fim em si mesmo, justamente por lhe ser inata a dignidade. No mesmo sentido, afirma que: "No reino dos fins, tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem preço, pode ser substituída por algo equivalente; por outro lado, a coisa que se acha acima de todo preço, e por isso não admite qualquer equivalência, compreende uma dignidade"[22].

Diz-se que a exigência a uma pessoa de uma explicação sobre um fato sob investigação lhe feriria a **dignidade humana**. Ora, uma vez observados os direitos humanos do acusado, presumindo-lhe a inocência, proibindo-lhe em absoluto qualquer tipo de tratamento desumano ou degradante, respeitando-lhe a integridade física e moral, garantindo-lhe todos os meios de defender-se, em uma apuração dos fatos sem excessos, não há qualquer motivo que justifique o direito ao silêncio.

O discurso do Estado é bastante claro. Ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, a não ser em virtude de uma lei aprovada por todos, em unanimidade, ou por maioria. A liberdade é a regra. Quando se pratica, entretanto, uma conduta fora dos parâmetros legais, o único interesse possível para o Estado, é apurá-la e puni-la. Em tal hipótese, não é possível que o Estado se negue a averiguar os fatos, seja permitindo ao cidadão que omita ou minta sobre seu objeto de investigação.

Todavia, esta argumentação se justifica quando se adota unicamente a perspectiva lógica. O que diria uma pessoa, consciente de um delito que tenha cometido, quando perguntada sobre este mesmo delito? Falaria a verdade, confessando o crime? Ou mentiria, ficaria calada, com o objetivo de se proteger? A última alternativa é sem sombra de

---

21 (DELPIZZO, 2010, p. 17)

22 (KANT, 2004, p. 65)

dúvida a mais compatível com a natureza humana. O instinto humano é de auto-preservação e por este motivo apenas muito excepcionalmente um acusado se prejudicaria, produzindo, por si mesmo, uma prova que o incriminasse.

2.3. Silêncio na obra de Beccaria

É por esta razão e por nenhuma outra que se garante ao cidadão a inexigibilidade de produzir prova contra si mesmo. Interessante observar que esta linha de raciocínio não é recente. Beccaria já a esboça, no seu livro *Dos delitos e das penas*, em 1764. Diz ele que "os motivos desse método [interrogatório] são ou não sugerir ao réu uma resposta que o acoberte da acusação, ou talvez porque **parece contrário à natureza mesma que um réu se acuse por si só**"[23] (grifo nosso).

Delimitado o objeto do princípio da vedação da auto-incriminação, é preciso indagar se ele fundamenta, como sustentam doutrina e jurisprudência atuais, o direito ao silêncio. Neste ponto, voltamos à Beccaria, para ouvir sua opinião: "aquele que durante o interrogatório insistisse em não responder às perguntas feitas merece uma pena afixada pelas leis, uma pena das mais severas entre as previstas, para que os homens não faltem à necessidade do exemplo que devem ao público"[24].

Quão sonora parece esta afirmação de Beccaria ao jurista de hoje. Tão sonora, que muitos preferem nem ouvir. Beccaria entende que não só é impossível tutelar um suposto direito ao silêncio, como o silêncio deve ser penalizado. E não penalizado de forma simples, mas com pena das mais severas entre as previstas.

O trecho citado é, pois, bastante denso e mereceria, por si somente, um estudo aprofundado, primeiro para entender, dentro do pensamento desenvolvido por Beccaria, a relação entre o direito ao silêncio e o princípio da vedação de auto-incriminação, depois, os motivos para uma penalização tão severa ao silêncio, dentro de uma obra considerada marco no reconhecimento de direitos.

---

23 (BECCARIA, 2005, p. 125)

24 (Idem, p. 127)

A parte final, no entanto, fornece um elemento essencial que proíbe o silêncio e guarda, assim, relação com o presente trabalho. Trata-se do dever que toda pessoa tem de contribuir para a apuração de uma possível lesão a toda a sociedade, consubstanciada na prática de um delito ("para que os homens não faltem à necessidade do exemplo que devem ao público").

Beccaria chama a atenção para a dicotomia público / privado. Alerta para a circunstância de um delito não poder ser tratado como um fenômeno privado. Aliás, é preciso lembrar que na alta Idade Média, com resquícios ainda no tempo de Beccaria, os conflitos resolviam-se sem intervenção de terceiro. Liquidavam-se entre as próprias partes, privadamente[25].

Então, a proposta do jurista italiano é que se deve contribuir para as investigações, para que ¨C caso o delito tenha realmente ocorrido ¨C o bem público, expresso na lei, seja preservado. A omissão, com o silêncio às perguntas feitas em um interrogatório, equivaleria à falta de compromisso com o "público", com o interesse comum de apuração dos fatos, significando que o interrogado cuida apenas das próprias causas, falando apenas quando lhe convém.

Na seara doutrinária, é perfeitamente possível afirmar o princípio da vedação de incriminação e negar o direito ao silêncio, como se vê na obra de Cesare Beccaria. Importa fazer esta distinção para se perceber que o direito ao silêncio não está diretamente subordinado ao princípio da vedação de auto-incriminação, apesar de apresentarem um vínculo, pois o silêncio tem como uma de suas características possíveis a auto-proteção. Há outros fatores, entretanto, que influenciam na determinação do direito de permanecer calado, como, no caso de Beccaria, o interesse público.

[25] (FOUCAULT, 2003, p. 65)

3. INTERPRETAÇÃO DO DIREITO AO SILÊNCIO

3.1. Idéia de interpretação

Neste capítulo, será abordado o instigante problema da interpretação do direito ao silêncio. Como se trata de direito fundamental constitucional, serão tecidas considerações específicas a este objeto, tomando-se lições da hermenêutica constitucional. Antes, contudo, é preciso ter uma idéia do conceito de interpretação. O que é interpretar?

A metáfora que melhor explica esta idéia é a do deus grego Hermes, o qual deu nome à ciência que trata da interpretação: hermenêutica. Esta palavra deriva do grego *hermeneuein* e se referia ao poder do deus Hermes de compreender e traduzir o conteúdo da mensagem dos deuses aos mortais[26]. Trata-se de uma mediação. Nunca se soube o que os deuses realmente disseram, mas se conheceu apenas a versão de Hermes sobre o que os deuses teriam dito.

Mediação é, portanto, a atividade essencial do intérprete. O intérprete é diferente da pessoa comum na medida em que consegue ver o sentido nem sempre tão claro das coisas. Nesta perspectiva explica Alexandre Araújo Costa que "o intérprete é uma pessoa especial: José, Tirésias e as mães-de-santo vêem o que os outros não vêem", "todos eles desempenham papéis semelhantes aos de Hermes, conectando o mundo dos deuses ao dos homens"[27].

Interpretar, para a ciência jurídica, é descobrir o sentido verdadeiro da norma jurídica e, desta forma, determinar seu alcance.[28] Qual é, no entanto, o sentido verdadeiro? Quais os critérios para determiná-lo? Para responder a estas questões, Alexandre Araújo Costa[29] invoca a beleza da poesia de Alberto Caeiro.

> "O mistério das coisas, onde está ele?
> Onde está ele que não aparece

---

[26] Apresentação (p. *xiii*) de Lênio Luiz Streck ao livro *Hermenêutica Constitucional* dos autores Laurence Tribe e Michael Dorf

[27] (COSTA, 2008, p. 9).

[28] (MAXIMILIANO, 1979, p.1).

[29] (COSTA, 2008, p. 26).

Pelo menos a mostrar-nos que é mistério?
Que sabe o rio disso e que sabe a árvore?
E eu, que não sou mais do que eles, que sei disso?
Sempre que olho para as cousas e penso no que os homens pensam delas,
Rio como um regato que soa fresco numa pedra.

Porque o único sentido oculto das cousas
É que elas não têm sentido oculto nenhum.
É mais estranho do que todas as estranhezas
E do que os sonhos de todos os poetas
E os pensamentos de todos os filósofos,
Que as cousas sejam realmente o que parecem ser
E não haja o que compreender.

Sim, eis o que os meus sentidos aprenderam sozinhos: ¡ª
As cousas não têm significação: têm existência.
As cousas são o único sentido oculto das cousas.

Alberto Caeiro, O guardador de Rebanhos, XXXIX."

As coisas não têm mesmo um sentido intrínseco. Todavia, isto não deve paralisar a atividade do intérprete. Ocorre o contrário: é porque não há sentido intrínseco que se aceita a atribuição de qualquer significado. É preciso aqui pensar na norma jurídica. Não é apenas possível, mas necessário que se atribua um sentido a ela.

Nenhuma lei deve ser criada para ser apenas admirada. Deve haver sempre um sentido, um lugar para onde ela aponta, um lugar aonde quer chegar. Chega-se, assim, a um relativo paradoxo: é preciso que a norma tenha um sentido, para que não seja inútil, mas já se sabe que este sentido não existe. Qual a saída? A saída é reconhecer a atividade do hermeneuta como atividade de criação.

Se não existe um sentido intrínseco nas coisas, certo é que tudo que se invoque em nome das próprias coisas é criação. Esta criação não é, todavia, completamente livre. Está inserida em um processo complexo de argumentação. Se uma norma, por exemplo, impõe o dever de ajudar o próximo da forma "ajude o próximo", já se impõe um limite mínimo de interpretação, pois por dedução lógica não é possível entender que a norma, genericamente, proíba o auxílio ao próximo "não ajude o próximo".

Adentra-se, portanto, em mais um problema: deve-se interpretar uma norma não interpretável com limites argumentativos complexos. Esta dificuldade foi bem expressa por

Lênio Streck com uma metáfora: "Talvez tenhamos recebido o castigo de Sísifo; rolamos a pedra até o limite do *logos* apofântico e imediatamente somos jogados de volta à nossa condição de possibilidade: o *logos* hermenêutico. Estamos, pois, condenados a interpretar"[30].

3.2 Interpretação e Constituição

Já se disse que a norma deve sempre apontar para um lugar. Contudo, é preciso dizer muito mais. **A norma deve querer mudar uma realidade, deve querer melhorá-la.** Caso os homens considerassem perfeita sua realidade, não haveria normas. Esta realidade perfeita não é, entretanto, a realidade humana.

A Constituição é norma fundamental de construção. É nela que se encontra o ideal humano de vida, a realidade perfeita. Não é possível, todavia, esta construção sem interpretação, isto é, a Constituição sem interpretação ainda está oculta, coberta. Como interpretar, então? Lênio Streck incita a interpretação por meio da descoberta:

> "Para essa (difícil e urgente) tarefa de des-ocultação, há que se buscar o acontecimento em que já sempre estamos apropriados (*Ereignen*) do Direito, conduzindo o discurso jurídico ao próprio Direito, **tornando-o visível**! Numa palavra: *deixar e fazer ver o fenômeno do Direito: é esta a empreitada hermenêutica*, uma vez que, conforme Heidegger, o conceito de fenômeno implica sempre um duplo sentido: **o que de si não se manifesta é condição de possibilidade do que aparece e pode-ser-levado a mostrar-se**"[31] (grifos no original)

Assim, a Constituição deve ser vista, nas palavras de Streck, como algo "estranho", o que leva o intérprete a ter a angústia natural sentida em frente ao novo, ao "estranho". A Constituição deve causar estranhamento. Compreender a Constituição é ver suas possibilidades ainda completamente abertas. Todavia, o novo nunca se firma sem confronto. Há aqui um confronto entre o "estranho" e a tradição.

A tradição é representada pela cultura liberal-individualista dos Códigos Civil (1916), Comercial (1850), Penal (1940), Processual Penal (1943) e Processual Civil (1973). Estes diplomas legais, apesar da inauguração da nova ordem jurídica com a Constituição de

---

[30] Op. Cit., p. xxxiv.

1988, “têm-se mantido praticamente intactos (‘ilesos’), sem ao menos ‘sofrer’ uma (indispensável e necessária) filtragem hermenêutico-constitucional. São raros os juízes ¨C denuncia Dallari ¨C que ‘decidem os conflitos aplicando a Constituição ou lembrando-se da existência dela...’ ”[32].

A interpretação do direito ao silêncio insere-se neste contexto de confronto. O próprio estado constitucional brasileiro é de transição. Conforme demonstrado no capítulo primeiro, a ditadura militar acabou por trazer como conseqüência diversas garantias processuais individuais, para proteger o cidadão. Entre estas garantias está o direito ao silêncio.

O procedimento estatal de busca dos fatos no processo sofreu, assim, uma profunda transformação. Talvez por isto e tomando em conta o contexto de confronto apontado, a doutrina, a jurisprudência e o legislador ordinário se apressaram em declarar o caráter absoluto e irrestringível do direito ao silêncio, já que a Constituição Federal de 1988 ainda está em pleno processo de construção hermenêutica.

Por outro lado, a pergunta persiste: como ler a Constituição? Um elemento fundamental a ser considerado é a contextualização do que se está interpretando. A parte, assim, não tem sentido fora de seu contexto. Alexandre Araújo Costa enuncia esta mesma idéia da seguinte maneira: “vale aqui, portanto, o cânone hermenêutico fundamental: as partes devem ser compreendidas pelo todo, que deve ser compreendido pelo sentido das partes que o compõem”[33]. Em sentido específico para o estudo da Constituição, a doutrina concebeu o *princípio jurídico da unidade da Constituição*. Luis Roberto Barroso assim o explica:

> “A despeito da pluralidade de domínios que abrange, a ordem jurídica constitui uma unidade. De fato, é decorrência natural da soberania do Estado a impossibilidade de coexistência de mais de uma ordem jurídica válida e vinculante no âmbito de seu território. Para que possa subsistir como unidade, o ordenamento estatal, considerado em sua globalidade, constitui um sistema cujos diversos elementos são entre si coordenados, apoiando-se um ao outro e pressupondo-se reciprocamente. O elo de ligação entre esse elementos é a Constituição, origem comum de todas as normas”[34]

---

31 (STRECK, 2000, p. 267).
32 (STRECK, 2000, p. 276 ¨C 279).
33 (COSTA, 2008, p. 14)
34 (BARROSO, 1996, p. 181)

Certo é que a interpretação constitucional parte do texto, mas não se restringe a ele. Nesta atividade, muitos elementos podem ser utilizados. Vários exemplos podem ser citados. Neste sentido, o Supremo Tribunal Federal[35] afastou a literalidade do art. 226, § 3º[36], para interpretar este dispositivo constitucional com base em outros princípios, insculpidos na própria Constituição, como princípio da igualdade, da proibição de discriminação em razão de opção sexual, dignidade da pessoa humana, entre muitos outros.

O princípio que autoriza este tipo de interpretação é justamente o princípio da unidade, acima referido, pois não se pode interpretar tomando em conta apenas uma parte da Constituição, mas todo o seu corpo textual, consubstanciado em outros princípios e regras que não o do art. 226, § 3º.

O Supremo Tribunal Federal também utilizou *fundamentos históricos* para decidir. Temos como exemplo, na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 153/DF, a declaração de constitucionalidade do artigo 1º da Lei nº 6.683/1979[37] (conhecida como Lei da Anistia), que concedia anistia a todos que cometeram crimes políticos ou com estes conexos no período da Ditadura Militar brasileira.

Pleiteava-se, nesta ação, uma interpretação que excluísse do alcance da lei os crimes conexos praticados por agentes de Estado neste período, tais como torturas, homicídios, desaparecimentos forçados, estupros, lesões corporais e outros delitos. O argumento utilizado para dizer que a norma era constitucional foi o de que houve um acordo naquele momento histórico, um acordo político em um contexto de transição democrática.

3.3 Leitura da doutrina, da jurisprudência e do legislador ordinário

[35] Conferir ADI 4.277 e ADPF 132, sintetizados no informativo nº 625 do STF, disponível em http://www.stf.jus.br/portal/constituicao/artigobd.asp?item=%202019 Acessado em 19/09/2011.

[36] Art. 226, § 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

[37] Art. 1º. É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexo com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao poder público, aos Servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares.

Como tem sido interpretado o direito constitucional ao silêncio? Ressalvadas variações pequenas de entendimento, parece haver consenso no sentido de ter inaugurado a Constituição Federal de 1988 um marco na interpretação deste direito.

De forma geral, tanto para a doutrina, quanto para a jurisprudência, quanto para o legislador ordinário, o direito ao silêncio a partir da Constituição deve ser lido da forma mais irrestrita possível, *excluindo a possibilidade de prejuízo em virtude do silêncio* e *incluindo o direito de mentir*. Neste sentido, Fernando Capez[38] assim se pronuncia:

> "A lei processual estabelece ao acusado a possibilidade de confessar, negar, silenciar ou mentir (...). Poderá também mentir, uma vez que não presta compromisso, logo, não há sanção prevista para sua mentira. Assim, o juiz não pode mais advertir o réu de que o seu silencio poderá ser interpretado em prejuízo de sua defesa. Aliás, foi a Constituição Federal, em seu art. 5º, LXIII, quem consagrou o direito ao silencio. Assim, se o silencio é direito do acusado e forma de realização de sua defesa, não se pode conceber que o exercício desta, através do silêncio, possa ser interpretado em prejuízo do réu"[39]

O Código de Processo Penal já garantia o direito ao silêncio. Na redação original do art. 186 deste diploma legal, dispunha-se que "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" (grifo nosso).

A doutrina ¨C ensina Guilherme de Souza Nucci[40] ¨C entendia, no entanto, que a parte final do art. 186, que admitia a possibilidade de o silêncio implicar em prejuízo ao acusado, não teria sido recepcionada pela Constituição Federal. Este foi um dos motivos que impulsionou o legislador ordinário, por meio da Lei nº 10.792/2003, a proibir uma interpretação do silêncio em prejuízo do acusado. Esta posição, contudo, não foi firmada com muita convicção.

O projeto inicial[41] *não continha qualquer referência ao direito ao silêncio*. Tratava de incluir regime disciplinar diferenciado para presos em regime fechado que tivessem cometido falta grave e determinava que o interrogatório do réu preso fosse feito no

---

38 Cf. Alexandre de Moraes, Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional, p. 399 e Guilherme de Souza Nucci, Código de Processo Penal Comentado, p. 413.

39 (CAPEZ, 2008, p. 339)

40 (NUCCI, 2008, p. 413)

41 http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=31767. Acessado em 13/04/2011.

estabelecimento penal em que estivesse recolhido. Mesmo depois de incluído o direito ao silêncio, foi reputado de pouca importância, conforme se nota pela leitura do Diário da Câmara dos Deputados:

> "Sr. Presidente, Sras. E Srs. Deputados, fico admirado de ver a questão que se levanta com relação ao silêncio do réu. É uma questão de interesse secundário, despiciendo, sem nenhuma importância maior." (Diário da Câmara dos Deputados, p. 889)

A aprovação do direito ao silêncio, nos termos propostos pelo legislador ordinário, não foi refletida. Inspirada, conforme dito anteriormente, pela crítica doutrinária que apontava para a inconstitucionalidade do parágrafo único, do art. 186, o legislador estabeleceu: a) o direito ao silêncio em si, reproduzindo o dispositivo constitucional, e b) a proibição de interpretação do silêncio em prejuízo do réu.

Interessante observar, neste ponto, que o legislador ordinário não fez qualquer alteração no art. 198[42] do Código de Processo Penal, o qual admite que o silêncio constitua elemento para a formação do convencimento do juiz. Isto é logicamente incoerente com o projeto aprovado, que proíbe a interpretação do silêncio em prejuízo do réu, pois se o silêncio não pode ser interpretado em prejuízo do acusado, não poderá da mesma forma servir de elemento para a convicção do juiz.

Ora, isto só demonstra que o Congresso Nacional não refletiu efetivamente sobre as conseqüências do direito ao silêncio que estava estabelecendo. Não discutiu efetivamente a matéria. Não interpretou a Constituição, limitando-se a ceder as pressões que alguns estudiosos faziam.

Concomitantemente a esta alteração legislativa, a jurisprudência[43] caminhava para uma direção semelhante. O autor Thiago Bottino, em estudo aprofundado das decisões do Supremo Tribunal Federal sobre o direito ao silêncio, assinala três eixos principais de interpretação: o primeiro eixo de extensão da *garantia para outros sujeitos além do preso*, o segundo de *extensão da garantia para além do direito de calar* e o terceiro de *desdobramentos da garantia em outras formas de atuação da defesa técnica.*

---

[42] Art. 198. O silêncio do acusado não importará confissão, mas poderá constituir elemento para a formação do convencimento do juiz.

[43] A jurisprudência tratada será a do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

O Supremo Tribunal Federal estabeleceu uma interpretação extensiva da palavra "preso", para entender que a norma constitucional abrange qualquer indivíduo que figure como objeto de procedimentos investigatórios policiais ou que ostente, em juízo penal, a condição jurídica de imputado (*Habeas Corpus* nº 68.742-3/DF) e também qualquer pessoa sujeita à ação persecutória do Estado (*Habeas Corpus* nº 68.929-9/SP). Na aplicação do direito ao silêncio nas Comissões Parlamentares de Inquérito, entretanto, é que o Tribunal Excelso firma definitivamente sua posição garantista:

> "(...) **a Constituição assegura ao indivíduo o direito exclusivo de avaliar se a resposta que lhe é exigida pode prejudicá-lo e, assim entendendo, o direito de não respondê-la.** Nesse julgamento, portanto, o Supremo Tribunal Federal estabelece com maior nitidez os contornos do direito ao silêncio, descolando-o definitivamente da expressão 'preso', bem como das definições anteriores"[44] (grifo nosso)

O segundo eixo de interpretação estende não o sujeito alcançado pela norma, mas o próprio silêncio em si. Para o Supremo Tribunal Federal, é um direito amplo e absoluto. Neste sentido, note-se voto do Ministro Celso de Mello no *Habeas Corpus* nº 68.742-3/DF, em que foi seguido parcialmente pelos Ministros Sepúlveda Pertence, Ilmar Galvão e Marco Aurélio:

> "Este direito ¨C que **se reveste de valor absoluto** ¨C é plenamente oponível ao Estado e aos seus agentes. Atua como poderoso fator de limitação das próprias atividades penais-persecutórias desenvolvidas pelo Poder Público (Polícia Judiciária, Ministério Público, Juízes e Tribunais).
> (...)
> E nesse direito ao silêncio inclui-se, **até mesmo por implicitude**, a prerrogativa processual de negar, ainda que falsamente, perante a autoridade policial ou judiciária, a prática de ilícito penal"[45] (grifo nosso)

O Superior Tribunal de Justiça tem julgado de forma semelhante. O *Habeas Corpus* nº 162576 tem a seguinte ementa:

> "Segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, **não comete o delito previsto no art. 307[46] do CPB o réu que, diante da autoridade policial, atribui-se falsa identidade, em atitude de autodefesa, porque**

---

44 (BOTTINO, 2009, p. 113)

45 (BOTTINO, 2009, p. 120)

46 Art. 307. Atribuir-se ou atribuir a terceiro falsa identidade para obter vantagem, em proveito próprio ou alheio, ou para causar dano a outrem:
Pena ¨C detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, ou multa, se o fato não constitui elemento de crime mais grave.

> **amparado pela garantia constitucional de permanecer calado**, *ex vi* do art. 5º, LXIII, da CF/88" (grifo nosso).

Assim, caso o preso em flagrante se identifique à autoridade policial com nome falso, com o intuito de fugir à aplicação da lei, negando que tenha sido ele a cometer o crime, quando o foi realmente, está amparado, segundo a interpretação dada pelo STJ, pelo direito constitucional de permanecer calado. Entende este tribunal, portanto, que não houve ofensa à ordem pública, mas foi utilizado o direito de não se auto-incriminar.

A jurisprudência tem demonstrado, assim, sua postura ativa, de construção, tendo por base a inserção do direito de permanecer calado no art. 5º, inciso LXIII, pela Constituição Federal de 1988. Com efeito, ressalta Bottino que "não cabe duvidar aqui que se trata da indiscutível comprovação do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal, modificando o texto constitucional para conformá-lo à imagem que o tribunal faz daquele princípio orientador do sistema processual penal"[47].

Trata-se de ativismo judicial, porque extrapola os limites traçados pelo sistema jurídico brasileiro. Modifica o próprio texto constitucional. O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça leram o art. 5º, inciso LXIII da forma mais absoluta possível. Mas com base em que fizeram isto? Com base em que entenderam que o silêncio engloba a mentira e que a interpretação do silêncio não pode prejudicar o réu, quando a Constituição Federal não diz isso expressamente?

Esta pergunta parece não ter resposta. Melhor: a resposta está, segundo a doutrina e a jurisprudência, no próprio art. 5º, inciso LXIII. O fundamento está lá, nas palavras do Ministro Celso de Mello, "implícito", ou então nos termos de Fernando Capez, citado anteriormente: "aliás, foi a Constituição Federal, em seu art. 5º, LXIII, quem consagrou o direito ao silencio", "assim, se o silencio é direito do acusado e forma de realização de sua defesa, não se pode conceber que o exercício desta, através do silêncio, possa ser interpretado em prejuízo do réu". É preciso ver nas entrelinhas. Enxergar a letra pequena deste artigo ou então *ler uma Constituição diferente*.

3.4. Uma leitura com outros elementos

[47] (BOTTINO, 2009, p. 180)

É preciso reagir contra esta interpretação. O direito ao silêncio não é absoluto, nem irrestrito. A Constituição expressa o futuro desejado pelo povo que nela acredita. O primeiro objetivo fundamental do povo brasileiro, elencado na Constituição, é construir uma sociedade livre, justa e solidária[48]. Como construir uma sociedade livre, justa e solidária com base na mentira, na fraude, na omissão egoísta? Esta norma não existe para ser simplesmente apreciada, constitui ¨C antes, bem antes ¨C a própria essência do texto constitucional.

Sociedade livre é aquela que só obedece a si mesma. Cria os próprios limites, mas antes de tudo respeita estes limites. Um indivíduo ou uma classe que silencia, com o objetivo de omitir, esconder, uma conduta prejudicial ao resto da sociedade, torna esta mesma sociedade escrava. Garante-se ao indivíduo o direito de lutar pela sua preservação, em detrimento do próprio corpo social. A declaração dos direitos do homem e do cidadão, aprovada pela Assembléia Nacional Constituinte da França em 26 de agosto de 1789, sintetiza esta idéia:

> ‘Art. 4º A liberdade consiste em poder fazer tudo que não prejudique o próximo: assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não ter por limites senão aqueles que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados por lei” (grifo nosso)

Sociedade justa é a que trata com igual respeito e consideração todos os cidadãos que a integram. Trata todos com isonomia: iguais com igualdade e desiguais com desigualdade. Como a história mostra a conduta autoritária do Estado no procedimento de busca da “verdade”, certo é que se justifica a prudência.

Em outras palavras, o silêncio só se justifica pelo histórico de abuso do poder de investigar. Portanto, é diferente a situação do acusado inocente do acusado que, sabidamente culpado, esconde sua conduta, com o silêncio e com a mentira. Para este último, impõe-se a interpretação deste silêncio em seu prejuízo, pois ele se apropria indevidamente da prudência requerida ao ato estatal de investigar.

Solidariedade é sinônimo do terceiro lema da Revolução Francesa: fraternidade. Solidariedade é vínculo, união, partilha, troca. Sociedade fraterna é uma sociedade de irmãos,

---

[48] Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
I ¨C construir uma sociedade livre, justa e solidária.

em que cada um deles é responsável pelo outro. É o oposto da sociedade de inimigos. Na sociedade fraterna deve prevalecer a regra de ouro, segredada, conforme conta Saint-Exupéry, pela raposa ao seu amigo príncipe: "tu te tornas eternamente responsável por aquilo que cativas"[49]. Omitir e mentir para se preservar não constituem, assim, uma partilha.

O entendimento do Supremo Tribunal Federal respalda um interesse individualista, consubstanciado na omissão e na mentira. Na Lei de Introdução ao Código Civil, modernamente denominada Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, com a redação dada pela Lei nº 12.376, de 2010, prescreve-se que "na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum" (art. 5º). Este dispositivo é inafastável quando se questiona como uma norma deve ser interpretada. Todavia, parece esquecida pela maioria dos juristas.

Em estudo específico sobre a lei mencionada, Oscar Tenório ensina que a idéia de bem comum surge para o direito do nascimento das democracias liberais, nas quais foram abolidos os privilégios de classe e resguardados os interesses da sociedade[50]. Ressalta o autor que o caráter de **bem comum** de uma lei se relaciona diretamente à atividade do legislador, pois é este que representa o povo e deve, assim, sempre buscar o melhor interesse à coletividade. Assinala, no entanto, que:

> "O direito positivo brasileiro preferiu caminho mais seguro e menos difícil. Deu ao Juiz a missão de, na aplicação da lei, apreciar a sua finalidade social e as exigências do bem comum. Confiou ao juiz a missão de vencer os óbices criados por leis prenhes de individualismo"[51]

Assim, considerando que a Constituição estabelece o direito de permanecer calado sem outra referência, é necessário perguntar: a interpretação que permite ao réu não sofrer qualquer prejuízo, mesmo quando omitiu ou mentiu, sobre ato ilícito que tenha cometido, subtraindo-se à aplicação da lei, ofende ou não ofende a exigência de bem comum? Da mesma forma, deve-se questionar ao legislador ordinário: a lei nº 10.792/2003 não é uma lei individualista, uma vez que permite ao acusado omitir em prejuízo coletivo, sem qualquer conseqüência negativa para este ato?

---

49 (SAINT-EXUPÉRY, 1966, p. 74)
50 (TENORIO, 1955, p. 154)
51 (TENORIO, 1955, p. 162)

É seguro afirmar que o silêncio deve ser valorado, apreciado, circunstanciado, contextualizado. O silêncio deve ser interpretado e um de seus critérios deve ser o bem comum. A Constituição garante o direito ao silêncio, mas apenas na medida em que tutela o interesse da coletividade. Não se presta, como entendem o Supremo Tribunal Federal e o legislador ordinário, a tutelar ¨C acima de qualquer valor ¨C um interesse individual de defesa do acusado.

Onde está, é possível perguntar, o prejuízo social? O prejuízo para a sociedade, com a omissão e mentira, são muitos e podem ser claramente percebidos. Para a investigação, é preciso dispor de todo um aparato estatal a servir de instrumento para averiguação dos fatos. Ao omitir, joga-se fora dinheiro do erário público e ao mentir, frauda-se a própria justiça. Há também um prejuízo maior, que ocorre quando o silêncio dá causa à impunidade do acusado. Frauda-se a lei, fraude-se a liberdade, a igualdade e a fraternidade.

Neste sentido, é preciso destacar também a aplicação *in casu* do princípio *nemo auditur propiam turpitudinem allegans*, segundo o qual **ninguém pode se beneficiar da própria torpeza**. No Brasil, o princípio tem sido aplicado mais ao direito civil. É preciso, entretanto, estendê-lo aos demais campos jurídicos, pois se trata de princípio geral de direito e também de critério para interpretação. Ora, de acordo com este princípio, um réu que silencia, com o objetivo de ficar impune e não sofre qualquer prejuízo com este ato, acaba por se beneficiar do mesmo.

Com esta conduta, o acusado beneficia-se de sua torpeza e utiliza-se de **má-fé.** Neste ponto, há uma cisão doutrinária, polarizando-se duas posições: de um lado, os que entendem que não existe litigância de má-fé no processo penal, pois que se houvesse o princípio da ampla defesa restaria bastante restringido[52]; por outro lado, há uma segunda corrente, segundo a qual a litigância de má-fé deve ser utilizada no processo penal, por analogia ao processo civil, conforme autoriza o art. 3º do Código de Processo Penal[53].

É correto, com efeito, afirmar que não há no Código de Processo Penal qualquer disposição sobre litigância de má-fé. Todavia, há expressa autorização para analogia, que é utilizada exatamente para suprir uma lacuna legislativa. Assim, guardadas todas as devidas adaptações, há que se observar o que dispõe o art. 17 do Código de Processo Civil:

---

[52] http://www.conjur.com.br/2010-ago-28/punicao-litigancia-ma-fe-incluida-reforma-cpp Acessado em 19/09/2011

> Art. 17. Reputa-se litigante de má-fé aquele que:
> I - deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso;
> II - alterar a verdade dos fatos;
> III - usar do processo para conseguir objetivo ilegal;
> IV - opuser resistência injustificada ao andamento do processo;
> V - proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo;
> VI - provocar incidentes manifestamente infundados;
> VII - interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório.

Desta forma, um acusado que omite um ato ilícito que tenha efetivamente cometido, litiga de má-fé, *porque altera a verdade dos fatos* e *usa do processo para conseguir objetivo ilegal.*

A **impunidade** é mais um elemento que desautoriza uma interpretação extensiva ao direito de omitir e mentir sem restrições. A questão não é apenas teórica, sem importância. O direito ao silêncio nos termos propostos pelo legislador ordinário, aplicado de forma irrestrita, pode levar à impunidade, à falta de responsabilização de um crime.

Muitas vezes, a própria instrução processual, com a colheita regular de provas, demonstra posteriormente a culpa do acusado. Em quantas oportunidades, no entanto, o silêncio não é uma das causas que influenciam ou até determinam a impunidade? É possível, inclusive, que o silêncio não objetive a impunidade da própria pessoa que silencia, mas de outrem. Logo, em todas as hipóteses levantadas, é preciso interpretar o silêncio, valorá-lo, contextualizá-lo.

Ao impedir que o silêncio seja interpretado, o legislador ordinário ofende o livre convencimento do juiz. Esta questão foi levantada por um dos deputados na elaboração da Lei nº 10.792/2003:

> O substitutivo diz que 'o silêncio não poderá ser interpretado em prejuízo do réu...' Claro, em nenhuma parte do mundo o réu é obrigado a produzir provas contra si mesmo; isso é princípio fundamental da Ciência Penal, vem dos romanos. E prossegue: "...nem poderá influir na decisão do juiz'. O que quer dizer? Quer dizer que o juiz, ao dar a sentença, não pode utilizar-se do silêncio do réu como motivação para condenar.
> **Agora vem o ilustre Deputado Jairo Carneiro, meu velho amigo nesta Casa, titular da minha admiração, dizer que estamos invadindo a consciência do juiz, extrapolando as nossas limitações.** Absolutamente. O que se quer dizer é que o juiz não pode utilizar o silêncio do réu como

[53] http://www.conjur.com.br/2009-jun-02/analogia-legis-fornece-juiz-criminal-definicao-litigancia-ma-fe Acessado em 19/19/2011

> motivação para aplicar a pena. Mantenho essa disposição, porque realmente é necessária. O juiz, consciente de seus deveres, tomando conhecimento desta norma, se precaverá contra a influência do silêncio na sua consciência. Saberá que o réu tem o direito de permanecer em silêncio. Mas esse silêncio não pode ser interpretado em prejuízo do réu nem pode influir na consciência do juiz. Se assim não fosse, o silêncio não prejudicaria o réu, não poderia ser interpretado contra o réu, mas a consciência do juiz poderia absorver o silêncio do réu como se fosse uma fuga ao esclarecimento do comportamento que teve" (grifo nosso) (p. 889-890)

Ao que parece, a questão levantada pelo deputado Jairo Carneiro não foi suficientemente respondida. O Código de Processo Penal assevera que o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial[54], desde que motivada a convicção[55]. Como conciliar a garantia de julgamento livre do juiz com a imposição de uma valoração prévia do silêncio, já que o juiz não pode interpretá-lo em prejuízo do acusado? Neste sentido, são as lições do professor Alexandre Freitas Câmara:

> "É verdade, porém, que embora superado, o sistema da prova legal ainda guarda resquícios no Direito moderno, não podendo fechar os olhos para a realidade: ainda existem (infelizmente) algumas normas cujo fim é tarifar a prova, afirmando que determinados fatos só se provam por este meio, ou aquele outro é inadequado para provar outros fatos. Viola-se, assim, a liberdade do juiz, que fica vinculado às tarifas estabelecidas pelo direito positivo.
> (¡K)
> Com todas as vênias, penso que as regras de valoração legal de provas, que contrariam o sistema ¨C hoje adotado como regra geral ¨C da liberdade na valoração do material probatório, é que permite a produção de decisões arbitrárias (já que baseadas em valores de provas estabelecidas sem qualquer contato com o caso concreto). A meu juízo, o sistema da prova legal só se justificaria em uma sociedade que desconfiasse de seus juízes (o que, certamente, não é o caso da sociedade brasileira)"[56]

Presume-se a imparcialidade do juiz e seu compromisso com os valores expressos na Constituição. Assim, assegura-se a ele liberdade para julgar. Caso o juiz devesse, de antemão, sem conhecer os fatos, sem conhecer a lide, julgar de forma pré-determinada, sem liberdade de consciência, sua atividade se esvaziaria completamente e perderia o sentido, a ponto de não mais se necessitar dela. Um computador realizaria esta tarefa com maior precisão e agilidade.

---

[54] Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

[55] Art. 93. Constituição Federal de 1988.

A relação entre o caso concreto e a interpretação do silêncio do acusado deve tomar lugar de destaque no presente estudo. É o juiz que preside toda a instrução processual, tomando conhecimento do caso concreto em sua inteireza. Por isto, é necessário presumir que ele pode interpretar o silêncio do acusado em prejuízo do mesmo, considerando as circunstâncias do caso concreto.

O legislador ordinário, ao fazer esta proibição, fere não apenas a consciência do juiz, como também sua ciência dos fatos. O acusado tem o direito de não ser obrigado a produzir provas contra si mesmo, todavia, é possível que utilize este direito de forma errônea, fraudulenta, para omitir delito que tenha efetivamente cometido. Ao detectar esta conduta, completamente injustificável sob a perspectiva de um estado democrático de direito solidário, não pode ainda o juiz interpretá-la em prejuízo do acusado? Esta proibição não é razoável e parte de um legislador que a estabelece de uma forma geral, reconhecendo que julga sem conhecer o caso concreto.

É preciso reconhecer a garantia que o acusado tem de permanecer em silêncio, como regra geral, mas imperdoável não distinguir o silêncio que protege o inocente do silêncio que esconde o crime.

CONCLUSÃO

Com o presente trabalho, se pretendeu demonstrar o equívoco do tratamento emprestado ao direito constitucional ao silêncio pela doutrina, pela jurisprudência e pelo legislador ordinário atuais. A história deste direito fornece elementos claros de que ele vem perdendo sua função de proteção à integridade física do acusado, para uma utilização abusiva, de omissão de um ato ilícito efetivamente cometido.

Seria o caso, então, de aboli-lo? Parece que ainda não é o momento apropriado. Sua função de inibir a tortura ainda não se perdeu completamente. O direito ao silêncio ainda cumpre este papel. Ainda é possível observar, cotidianamente, excessos nas práticas de investigação. E se isto é verdade, se há excessos mesmo com o reconhecimento de tantos

---

[56] (CÂMARA, 2008, p. 383)

direitos, entre eles o de se calar, é melhor nem imaginar se este direito fosse abolido. Possivelmente, as arbitrariedades seriam ainda maiores, como a obrigação ao acusado de falar, confessar, um ato ilícito que não cometeu.

O problema não se encerra neste ponto, todavia. Fechá-lo nestes termos tem sido o grande erro dos juristas de hoje. É precisar dar um passo a frente. É preciso distinguir o silêncio que protege das arbitrariedades do silêncio que esconde um crime. Nesta segunda hipótese, não se aplica a argumentação anterior. Diz a Constituição que é direito de todos fazer apenas o que a lei prescreve, porque a lei presume-se vontade de todos e para bem de todos. Ato contrário à lei não pode ficar impune, sob pena de prejudicar a toda a sociedade. No silêncio que oculta um ato ilícito, há no mínimo duas infrações: o próprio ato ilícito e a fraude à justiça.

Seria bom que ninguém cometesse crime algum. Todavia, uma vez cometido, seria desejável que o criminoso tomasse para si a responsabilidade pelo que fez. Sarte diz que o homem está condenado a ser livre": "condenado, porque não se criou a si próprio, e como, no entanto, é livre, uma vez que foi lançado ao mundo, é responsável por tudo quanto fizer"[57].

O que acontece, no entanto, é que o ato ilícito é cometido e o infrator não deseja arcar com as consequências do que fez, porque é contra sua própria natureza. Ora, o que deve ser feito nesta hipótese? Deve-se permitir que o acusado omita livremente ou até mesmo minta, para fugir às consequências de seus atos? Espera-se ter demonstrado no presente trabalho que esta não é a melhor alternativa, porquanto tutela apenas o interesse do infrator, deixando de lado o legítimo interesse social.

Não é possível abolir o direito ao silêncio, mas também não se pode aplicá-lo de forma absoluta, irrestrita. É preciso rever a interpretação constitucional deste direito, em especial os entendimentos do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal. A Constituição Federal de 1988 garante o direito de permanecer calado. Não tutela, entretanto, a impunidade e a fraude à justiça. Garante aos juízes a liberdade de julgar, motivadamente, pois são eles que conhecem os fatos em suas peculiaridades. Os juízes devem distinguir o silêncio, devem interpretá-lo. Não é possível atribuir um sentido prévio, como o faz o legislador ordinário.

---

[57] (SARTE, 1987, p. 9)

A revisão do direito ao silêncio conforme entendido atualmente se justifica, portanto, por vários motivos. Os principais são o perdimento de sua função histórica e a interpretação que leva em conta o contexto de impunidade, de falta de compromisso com o bem comum, consubstanciado na lei e não se esquece da ordem constitucional de construção de uma sociedade justa, livre e solidária.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**: *fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. São Paulo: Saraiva, 1996.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Lucia Guidicini, Alessandro Berti Contessa. 3ª edição. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

BÍBLIA. Português. **Bíblia Sagrada**. Tradução de João Ferreira de Almeida, 89ª impressão. Editora, JUERP, 1998.

BOTTINO, Thiago. **Direito ao silêncio na jurisprudência do STF**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 18ª edição. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2008.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 15ª edição. São Paulo: Saraiva, 2008.

COSTA. Alexandre Araújo. **Direito e Método:** *diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica*. 2008. 421 f. Tese (Doutorado em Direito) ¨C Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília. 2008.

COUCEIRO. João Cláudio. **A garantia constitucional do direito ao silêncio**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Tradução de Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2003.

HERKENHOFF, João Baptista. **Como aplicar o direito**: *(à luz de uma perspectiva axiológica e sociológico-política).* Rio de Janeiro: Forense, 2004.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes e Outros Escritos**. Trad. Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2004.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1968.

MORAES. Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. São Paulo: Atlas, 2002.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. São Paulo: Ed. Revistas dos Tribunais, 2008.

SAINT-EXAUPÉRY, Antoine. **O pequeno príncipe**. Tradução de Dom Marcos Barbosa. 12ª edição. Rio de Janeiro: Livraria Agir Ed., 1966.

SARTRE. Jean Paul. **O existencialismo é um humanismo; A Imaginação; Questão de método.** Seleção de textos de José Américo Motta Pessanha; traduções de Rita Correia Guedes, Luiz Roberto Salinas Forte, Bento Prado Júnior. 3ª edição. São Paulo: Nova Cultural, 1987. In Coleção Os Pensadores.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: *uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 2ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

TÁVORA, Nestor. ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal.** 5ª edição. Bahia: Editora JusPODIVM, 2011.

TENORIO. Oscar. **Lei de introdução ao código Civil Brasileiro**. 2ª edição. Editor Borsoi: Rio de Janeiro, 1955.

TRIBE, Laurence; DARF, Michael. **Hermenêutica constitucional**. Tradução de Amarílis de Souza Birchal; coordenação e supervisão de Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.