



Ordenamento jurídico acertou quando garantiu o direito ao silêncio

21/07/2008

Atualmente, dado o número avassalador de notícias que vêm sendo veiculadas pelos meios de comunicação, acerca da investigação e processos movidos contra aqueles que são acusados de terem praticado condutas delitivas, tem-se verificado (não sem, no mínimo, estranheza) que boa parte daquelas que estão sendo alvos destas persecuções investigativas, por mais que tenham sido colhidos num estado de flagrância dos mais comprometedores, tem, quando dos seus respectivos interrogatórios ou apresentação de esclarecimentos, fleumaticamente, asseverado sua total inocência.

E, não raro, atribuído à responsabilidade pelos atos de que estão sendo acusados, a terceiros. Alegando completa inocência a respeito das imputações que lhes são atribuídas.

Ou até mesmo — o que é mais estarrecedor ainda — arvorando-se na condição de responsáveis absolutos pelos atos criminosos perpetrados. Chamando para si, com exclusividade, a imputação que poderia ser endereçada também a outros co-autores de delinquência. Numa tentativa, mais que evidente, de livrar os demais comparsas malfeitores da inculpação por tais atos.

Servindo, assim, de *bode expiatório*. Mas com o velado propósito de obter guarida e apoio destes outros meliantes que está a acobertar. Mormente por meio do recebimento de significativas quantias financeiras, ou favores inconfessáveis. Como forma de compensação pela assunção solitária de uma inevitável condenação.

Ante este cenário, cada vez mais recorrente (sobretudo pelo destaque que ganham no mundo midiático), fica o questionamento: será que o ordenamento jurídico confere guarida aos acusados para que possam mentir perante os órgãos incumbidos de promover a investigação, ou de conduzir a relação processual estabelecida? Ou, pelo contrário, por mais que o arcabouço normativo franqueie ao acusado ou investigado, o direito de permanecer calado, repudia, e até sanciona, aquele que deliberadamente falta com a verdade em tais situações?

Estes são os questionamentos que se procurará responder a seguir.

A garantia do direito ao silêncio

Irretorquivelmente, o direito do acusado (em processos judiciais, procedimentos administrativos, ou em inquérito policial) de permanecer em silêncio, e de se recusar a responder as perguntas que lhe forem formuladas, está elencado entre aquelas garantias mais caras albergadas pela Constituição Federal de 1988.[1]

Posto que erigidas, desde então, ao patamar de direito fundamental, intangível até mesmo por obra do legislador constituinte derivado.[2] Que, desta garantia individual, não pode sequer cogitar de dispor. Estando vedada, até mesmo, a discussão de proposta legislativa tendente a abolir este permissivo constitucional.[3]

Sendo, portanto, um direito inalienável de qualquer pessoa que esteja sendo objeto de investigações administrativas (ex: procedimentos disciplinares internos ou inquérito policial), ou seja acusado numa ação judicial.

Isto com esteio em, pelo menos, dois vetores que orientam o sistema jurídico.

Primeiro, porque o acusado não tem obrigação de auxiliar nos procedimentos de produção de prova, que poderão levar à sua condenação. Noutros dizeres, não é obrigado a fazer prova contra si mesmo.

Face o primado da não auto-incriminação, advindo do Direito Romano, e cunhado na máxima *nemo tenetur se detegere*. Também consagrado pelo intitulado *Bill of Rights*, do Direito Anglo-saxão, no que se convencionou denominar de *privilege against self-incrimination*.

Devendo a acusação se esforçar para coletar os elementos de convicção, tendentes a buscar a condenação do acusado. Sem esperar ou exigir, neste aspecto, a colaboração daquele que está sob suspeita.[4]

Em segundo, porque o acusado pode desejar preservar sua intimidade.[5] Resguardando, por razões de foro íntimo, assuntos de seu trato particular, da exposição pública que inevitavelmente (em maior ou menor grau) ocorreria se pretendesse falar. Como bem salienta Paulo José da Costa Júnior, ao abordar o tema do direito à intimidade:

“...é o direito de que dispõe o indivíduo de não ser arrastado para a ribalta contra a vontade. De subtrair-se à publicidade e de permanecer recolhido na sua intimidade. [...] Portanto, não é o direito de ser reservado, ou de comportar-se com reserva, mas o direito de manter afastados dessa esfera de reserva olhos e ouvidos indiscretos, e o direito de impedir a divulgação de palavras, escritos e atos realizados nessa esfera”. [6]

Desta feita, o direito ao silêncio é um direito inerente ao acusado. Devendo ser entendido, no campo da persecução administrativa ou penal, como a proteção constitucionalmente assegurada contra a auto-incriminação, ou a exposição pública indesejada.

De sorte a não se poder sequer extrair conclusões desfavoráveis ao interrogado ou suspeito que esteja prestando esclarecimentos, pelo simples fato de ter-se calado. Isto é, de ter feito uso da prerrogativa de se abster de fornecer qualquer tipo de manifestação, em especial das que o possam incriminar. [7]

Pois seria um verdadeiro paradoxo permitir que alguém viesse a ser sancionado, ou tido seu estado jurídico agravado, exatamente por ter se valido de uma franquia constitucional.

Tanto assim que foi empreendida relativamente recente modificação do Código de Processo Penal, no seu art. 186. Que assegurava ao interrogado o direito de permanecer calado. Mas sob a ressalva, em tom de severa advertência, de que este silêncio poderia ser interpretado em prejuízo da defesa (*Artigo 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.*)

Na hipótese, levada a cabo pela Lei 10.792, de 1º.12.2003, que veio a alterar este dispositivo. Fazendo consignar a expressa menção de que este eventual silêncio do acusado *não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa*. [8]

Irretorquivelmente, portanto, o direito de permanecer em silêncio deve ser assegurado a todo aquele que estiver sendo o centro de apurações investigativas, sejam judiciais ou administrativas. Não havendo dúvida quanto a plena eficácia deste princípio informador do sistema jurídico nacional.



A criminalização da mentira

Entrementes, já no que tange à possibilidade do acusado, ao invés de se manter calado e não responder as perguntas que lhe forem formuladas, poder mentir durante os procedimentos apuratórios, o ordenamento jurídico não confere a mesma sorte de tratamento. Estabelecendo limites (embora por vezes não tão precisos, e geradores de controvérsias) dentro dos quais tais inverdades podem ser empregadas, sem o risco de incriminação do seu autor.

É bem verdade que, para alguns, estaria implícito na garantia de manutenção do silêncio, o permissivo para que o acusado pudesse, ao seu bel prazer, mentir em procedimentos investigatórios ou processos judiciais. Como sustentam, ilustrativamente, José Frederico Marques[9] e Magalhães Noronha[10], para quem:

“...o acusado pode mentir e negar a verdade, pois não é obrigado a depor contra si. Mesmo mentindo, o juiz criminal, conhecedor do processo e com a experiência que tem, poderá encontrar em suas negativas e atitudes, elementos de convicção. Aliás, negando a imputação, será ele convidado a indicar as provas da verdade de suas declarações”.

Até porque no arcabouço normativo brasileiro, não existiria – seguindo esta linha de pensamento – semelhante previsão legal, *verbi gratia*, daquela instituída no Direito vigente nos Estados Unidos da América. Pelo qual se permite o enquadramento penal do agente (acusado, indiciado etc), que tenha faltado com a verdade durante os procedimentos de sua inquirição. No caso, punindo-o pelo crime de perjúrio.

Noutros dizeres, ainda que o sistema anglo-saxão também preveja a garantia da não auto-incriminação (*privilege against self-incrimination*), incorporado em 1791 ao texto constitucional por intermédio da 5ª Emenda (que modificou o art. 7º),[11] permite que o agente abra mão desta garantia, e aceite prestar esclarecimentos despojado do manto protetivo desta prerrogativa.

Nesta hipótese, se assim o fizer, ou seja, se concordar em prestar informações no seu interrogatório, sob juramento, sem invocar a imunidade consignada na 5ª Emenda, estaria sujeito a ser responsabilizado pelo delito de perjúrio.[12]

Conduta caracterizada —neste contexto —como um atentado contra a dignidade e a administração da justiça (*contempt of court*). Que pode ser entendido como sendo “a prática de qualquer ato que tenda a ofender um juiz ou tribunal na administração da justiça, ou a diminuir sua autoridade ou dignidade, incluindo a desobediência a uma ordem.”[13]

Todavia, por mais que no ordenamento jurídico nacional realmente não exista semelhante hipótese de enquadramento penal, do acusado ou investigado que falte com a verdade, não está isento de sofrer represálias legais, se for imoderado no uso da garantia contra a auto-incriminação.

Equivale a dizer, o acusado está até legitimado a ser falacioso durante os procedimentos investigatórios contra si direcionados. Negando a autoria do fato, ou fornecendo álibis fictícios. Até porque, diferentemente daquilo que ocorre com as testemunhas e peritos, quem esteja na condição de suspeito não presta compromisso de dizer a verdade.[14] E, assim, não está compelido a ser sincero nas suas falas, em procedimentos persecutórios desta natureza.[15]

Entretanto, se a sua impostura redundar na inculpação de terceiros, no desvio da investigação para a busca de fatos inexistentes, ou mesmo se se consubstanciar na assunção de ilícitos executados por outras pessoas (com o escopo de inocentar o real criminoso, dando-lhe proteção em troca de uma promessa de recompensa ou qualquer outra espécie de benefício escuso), irretorquivelmente que será passível de condenação criminal por estes atos.

Deveras, a legislação criminal não titubeia a este respeito, viabilizando, em diversas passagens, a formação da culpa daquele que se tenha portado desta maneira. É o que se infere da leitura das seguintes prescrições normativas:

“Código Penal — [Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940](#).

Calúnia Artigo 138 - Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime.
Pena: detenção de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos e multa.

Comunicação falsa de crime ou de contravenção. Artigo 340 — Provocar a ação de autoridade, comunicando-lhe a ocorrência de crime ou de contravenção que sabe não se ter verificado:
Pena detenção, de um a seis meses, ou multa.

Auto-acusação falsa

Artigo 341 — Acusar-se, perante a autoridade, de crime inexistente ou praticado por outrem. Pena: detenção, de três meses a dois anos, ou multa.

Lei 8.429/92: Lei de Improbidade Administrativa.

Art. 19. Constitui crime a representação por ato de improbidade contra agente público ou terceiro beneficiário, quando o autor da denúncia o sabe inocente. Pena: detenção de seis a dez meses e multa.

Parágrafo único. Além da sanção penal, o denunciante está sujeito a indenizar o denunciado pelos danos materiais, morais ou à imagem que houver provocado.”

Raciocínio que, embora não unânime, é chancelado por grande parte dos estudiosos da matéria. Dentre eles Hélio Tornaghi[16] e Renato Luiz Mello Varoto[17]. Cujo magistério pode ser sintetizado no pensamento preconizado por Julio Fabbrini Mirabete[18]:

“...sendo o interrogatório ao menos em parte, meio de defesa, o acusado pode mentir e negar a verdade. Não há um verdadeiro direito de mentir, tanto que as eventuais contradições em seu depoimento podem ser apontadas para retirar qualquer credibilidade das suas respostas. Mas o acusado, não presta compromisso de dizer a verdade, como testemunha, e sua mentira não constitui crime, não é ilícito. O réu é livre para mentir porque, se o fizer, não sofrerá nenhuma sanção. Essa liberdade, porém, é concedida apenas em benefício de sua defesa, pois se ele atribui a si próprio crime inexistente ou praticado por outrem, comete o delito de auto-acusação falsa....”

À toda evidência, o acusado ou investigado, indubitavelmente, está autorizado a falsear durante os expedientes investigatórios perante os quais esteja respondendo. Não que tal conduta seja de acordo com a moralidade, ou os ditames altaneiros da justiça. Mas sim pelo reconhecimento de que não se afigura prudente exigir daquele que está sob suspeição, que contribua para a formação da sua própria culpa.

Estando sujeito a responsabilização, de outra parte, se porventura deixar de falar a verdade exclusivamente na sua defesa. E passar a desviar o rumo das investigações, a atribuir práticas criminosas a terceiros que sabe inocentes, ou se procurar avocar a culpa de condutas realizadas por outras pessoas (visando protegê-las de uma condenação).

Considerações finais

Inegável, destarte, o acerto do ordenamento jurídico em prever a garantia da permanência em silêncio, e de não apresentação de respostas por aquele que está sendo acusado. Que, insofismavelmente, não pode ser utilizada de maneira abusiva e em descompasso com o próprio sistema jurídico que a hospeda.

Posto que, o acusado ou investigado, que se desviar dos estritos trilhos da legalidade, delineadores (e não propriamente limitadores) dos contornos desta prerrogativa, ficará sujeito a ser responsabilizado pelos atos que, nestas condições, tenham sido praticados.

Referência bibliográfica

Acosta, Walter P.. **O processo penal**. 22. ed. Rio de Janeiro. Editora do Autor Ltda., 1995.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Rio de Janeiro: Athena Editora, 1937.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O Processo em sua Unidade. São Paulo: Saraiva, 1984.

GRINOVER, Ada Pelegrini. **Abuso do processo e resistência às ordens judiciárias: o contempt of court**. Marcha, ano 2000.

NORONHA, E. Magalhães. **Curso de direito processual penal**, 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**, Campinas - São Paulo: Bookseller, 1998.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**, 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 1998.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; MORAIS, Maurício Zanoide de. **Direito ao silêncio no interrogatório**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 2, n. 6, abr./jun. 1994.

SARLET, Ingo. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2 ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TORNAGHI, Hélio Bastos. **Instituições de processo penal**, 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1978.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1997. v. 3.

VAROTO, Renato Luiz Mello. **Da verdade no interrogatório: a mentira consentida**, Pelotas: Editora Universitária/UFPel, 2000.

[1] Constituição Federal: Art. 5º, LXIII – o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado.

[2] SARLET, Ingo, p. 82: A eficácia dos direitos fundamentais: "Os direitos fundamentais são, portanto, todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal..."

[3] Constituição Federal: Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta...§ 4º – Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir ...IV – os direitos e garantias individuais.

[4] GRINOVER, Ada Pellegrini. O Processo em sua Unidade, p. 111: "O réu, sujeito da defesa, não tem obrigação nem dever de fornecer elementos de prova que o prejudiquem. Pode calar-se ou até mesmo mentir. Ainda que se quisesse ver no interrogatório um meio de prova, só seria em sentido meramente eventual, em face da faculdade dada ao acusado de não responder. A autoridade judiciária não pode dispor do réu como meio de prova, diversamente do que ocorre com as testemunhas; deve respeitar sua liberdade, no sentido de defender-se como entender melhor, falando ou calando-se, e ainda advertindo-o da faculdade de não responder". (...) "o único arbítrio há de ser sua consciência, cuja liberdade há de ser garantida em um dos momentos mais dramáticos para a vida de um homem e mais delicado para a tutela de sua dignidade".

[5] Constituição Federal: Art. 5º, X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas...

[6] MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; MORAIS, Maurício Zanoide de. Direito ao silêncio no interrogatório, p. 137.

[7] TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo penal, p. 273: "...o acusado tem a faculdade de responder, ou não, às perguntas que lhe forem formuladas pelo Juiz. É a consagração do direito ao silêncio que lhe foi conferido constitucionalmente como decorrência lógica do princípio do nemo tenetur se detegere e do da ampla defesa. É possível que o Magistrado tenha uma impressão desfavorável quando o acusado guardar silêncio, entretanto, não se pode admitir que tal impressão desfavorável se converta em indício para um decreto condenatório. O acusado é um único árbitro da conveniência, ou não, de responder. E ninguém pode impedir-lhe o exercício desse direito. Muito menos de ameaçá-lo, sob a alegação de que o seu silêncio poderá prejudicar-lhe a defesa. Do contrário, a defesa não estaria sendo ampla, nem respeitado o seu direito ao silêncio".

[8] Código de Processo Penal: 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.

[9] MARQUES, José Frederico. Elementos de direito processual penal, p. 298.

[10] NORONHA, E. Magalhães. Curso de direito processual penal, p. 108.

[11] Article the seventh [Amendment V]: No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a Grand Jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the Militia, when in actual service in time of War or public danger; nor shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation.

[12] Baseado no julgamento proferido pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América, no caso: *Dunn v. United States*, 442 U.S. 100 (1979), which construed § 1623. 18 U.S.C. § 1623, captioned "False declarations before grand jury or court," provides: (a) Whoever under oath (or in any declaration, certificate, verification, or statement under penalty of perjury as permitted under section 1746 of title 28, United States Code) in any proceeding before or ancillary to any court or grand jury of the United States knowingly makes any false material declaration or makes or uses any other information . . . knowing the same to contain any false material declaration, shall be fined under this title or imprisoned not more than five years, or both.

[13] GRINOVER, Ada Pellegrini. Abuso do processo e resistência às ordens judiciárias: o contempt of court, pp 62/69, especialmente, p. 68.

[14] ACOSTA, Walter P.. O processo penal, p. 222: "Não presta ele qualquer compromisso ou juramento de dizer a verdade, e isto pelo simples fato de que não está obrigado a dizê-la, e a fim de evitar-lhe toda a coação moral, que poderia constrangê-lo a declarar contra si mesmo."

[15] BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas, p. 69-70: "Outra contradição entre as leis e os sentimentos naturais é exigir de um acusado o juramento de dizer a verdade, quando ele tem o maior interesse em calá-la. Como si o homem pudesse jurar de boa-fé que vai contribuir para a sua própria destruição! Como si, o mais das vezes, a voz do interesse não abafasse no coração humano a da religião! Consulte-se a experiência e se reconhecerá que os juramentos são inúteis, pois não há juiz que não convenha que jamais o juramento faz o acusado dizer a verdade. A razão faz ver que assim deve ser, porque todas as leis opostas aos sentimentos naturais do homem são vãs e conseqüentemente funestas".

[16] TORNAGHI, Hélio Bastos. Instituições de processo penal, p. 20: ... o réu pode até mentir. Não se trata de um direito de mentir, nem há que falar em direito (subjetivo), neste caso. O que há é que a mentira do réu não constitui crime, não é ilícito: o réu é livre de mentir porque, se o fizer, não sofrerá nenhuma sanção. Mas, convém explicar: o réu é livre de mentir para se defender, não para se acusar...



[17] VAROTO, Renato Luiz Mello. Da verdade no interrogatório: a mentira consentida, p. 125: ...é definitivamente proibido ao acusado mentir acerca dos fatos ou pessoas que não envolvam exclusivamente sua defesa, pois a proteção legal não abarca um ilimitado direito à mentira e, como já reiterado, em caso de mentira que procure prejudicar o andamento processual e que verse matéria diversa da sua defesa, será ele responsabilizado nos limites da lei.

[18] MIRABETE, Julio Fabbrini. Processo penal, p. 282.

Fonte: https://conjur.jumps.com.br/2008-jul-21/ordenamento_juridico_acertou_quando_garantiu_direito_silencio/