



IX. O DIREITO AO SILÊNCIO ANTES DA APRESENTAÇÃO FORMAL DO ACUSADO À AUTORIDADE COMPETENTE PARA CONDUZIR O INTERROGATÓRIO POLICIAL OU JUDICIAL

IX. THE RIGHT TO SILENCE BEFORE THE FORMAL PRESENTATION OF THE ACCUSED TO THE COMPETENT AUTHORITY TO CONDUCT POLICE OR JUDICIAL INTERROGATORY

Elizio Lemes de Figueiredo¹

Recebido em:	05.11.2020
Aprovado em:	25.11.2020

RESUMO: A leitura e interpretação do direito ao silêncio pelas lentes da Constituição Federal de 1988, impõe a todos os agentes públicos envolvidos na persecução penal, o ônus da eficácia formal e material, direta e objetiva, em todas as fases da apuração criminal. O presente artigo tem em seu horizonte, a título de objetivo geral, debater a incidência do direito e garantia fundamental ao silêncio antes da apresentação formal do acusado à autoridade competente para conduzir o interrogatório policial ou judicial. Com o uso do método de abordagem dedutivo e do método de investigação bibliográfico, têm como fontes as legislações, as doutrinas e as jurisprudências brasileiras e estrangeiras referentes ao direito de permanecer calado frente a uma imputação criminal.

Palavras-chave: Direito ao Silêncio. Persecução Criminal. Interrogatório.

159

ABSTRACT: The reading and interpretation of the right to silence through the lens of the Federal Constitution of 1988 requires all public officials in criminal prosecution, the burden of formal efficiency and material efficiency, direct and objective, at all stages of the criminal investigation. This article is on your horizon, as a general objective, discuss the impact of the law and the fundamental guarantee silence before the formal presentation of the accused to the competent authority to conduct the police or judicial interrogation. Using the deductive method of approach and the bibliographic research method, as sources have the laws, doctrines and Brazilian and foreign case law concerning the right to remain silent before a criminal imputation.

Keywords: Right to Silence. Criminal prosecution. Questioning.

1 INTRODUÇÃO

Enfrentar uma persecução criminal é ver em risco não só a liberdade, a vida, a segurança, o patrimônio e demais bens jurídicos estão expostos diretamente na linha de frente da imputação, podem sofrer indevidas restrições, abusos ou intervenções a título

¹ Doutor em Direito no programa de Doutorado da FADISP – SP; Mestre em Direitos da Personalidade pelo Centro Universitário de Maringá – UNICESUMAR; Especialista em “Ciências Criminais com Ênfase em Direito Penal e em Processo Penal” pela Universidade de Cuiabá – UNIC; Bacharel em Direito pela Universidade de Cuiabá – UNIC; Professor de Direito Penal na UNEMAT – Campus Diamantino (MT); Advogado.



de justificar a retribuição estatal pela conduta tipificada criminalmente.

Apesar do alerta estampado no art. 38, do Código Penal (BRASIL, 1940), de que “o preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral”, as mazelas do cotidiano policial e forense faz da ressalva um mero formalismo legislativo.

Infelizmente muitos agentes públicos tomam para si a sede de vingança e se afastam da impessoalidade norteadora do sistema acusatório e outros nem conhecem a existência da gama de direitos e garantias fundamentais à disposição do acusado. Outras vezes não se trata de vingança, a praxe abusiva é repassada *ad eternum* e o agente público é apenas mais um a cumprir a ritualística inquisitória.

Revelado pelo direito de não se autocriminar, o direito ao silêncio transita juridicamente livre em uma via sinalagmática, de mão dupla, em um sentido exerce para o acusado o papel dúplice de direito e garantia fundamental e no outro sentido impõe ao Estado a obrigação de dar vida formal e material para o direito e a garantia fundamental.

Não se trata de uma crítica à determinada instituição estatal, não faz diferença, os *modus operandis* são similares, está inserido no sistema penal o vazio jurídico vivido pelo acusado entre o momento de sua abordagem estatal até a apresentação formal perante a autoridade competente.

Sim, existe um vazio jurídico, apesar do compromisso jurídico com a dignidade da pessoa humana e o discurso acusatório adotado para a persecução criminal, as confissões extrajudiciais são produzidas sem qualquer rigor jurídico e no futuro são arrimos de sentenças condenatórias.

2 UMA PEQUENA AMOSTRA DAS COTIDIANAS ABORDAGENS ESTATAIS DE VIÉS CRIMINAIS ANTES DA APRESENTAÇÃO FORMAL DO ACUSADO PERANTE A AUTORIDADE COMPETENTE PARA PRESIDIR O INTERROGATÓRIO.

O termo “abordagem estatal” é para ser compreendido de forma extensiva, visa alcançar todas as vezes que o acusado tem o primeiro contato com um agente estatal, para tratar da imputação criminal, formalmente ou informalmente. As formas de abordagens são plurais, impossível firmar um rol *numerus clausus*. A prisão em



flagrante é um momento muito visível da primeira “abordagem estatal”, mas, não é a única.

No curso da oitiva de uma testemunha pode ocorrer à primeira “abordagem estatal”, as provas até então excludente de responsabilidades da declarante passam a convergir para a autoria do delito. A partir deste momento nasce para o Estado a obrigação de deixar às claras a situação a ser vivida pela declarante, a transmutação de personagem, deixa de ser testemunha para ser considerada acusada precisa ser transparente para fazer valer o direito de permanecer calada (SAAD, 2009)².

O tratamento jurídico é absolutamente diverso, a testemunha tem o compromisso firmado de dizer a verdade, sob pena de cometer o crime de falso testemunho, conduta tipificada no art. 342, do Código Penal (BRASIL, 1940)³. O acusado não está sujeito ao preceito penal, o seu direito a não autoincriminação o coloca à margem do compromisso de dizer a verdade, podendo, inclusive, mentir, apesar das vozes contrárias a esta possibilidade jurídica (MARCINKO, 2015)⁴. Falar ou não falar, verdades ou mentiras, colaborar ou não colaborar, são interesses a serem conciliados no axioma, “ninguém é obrigado a se autoacusar” e como a mentira não é tipificada na ordem jurídica penal (BRASIL, 1991)⁵ do Brasil, “o que não é vedado pelo ordenamento jurídico é permitido. E se é permitido, torna-se direito e/ou garantia” (NUCCI, 1999)⁶.

161

² Explica: “Seguidas decisões do Supremo Tribunal Federal têm assegurado o direito ao silêncio ao suspeito intimado a depor na qualidade de testemunha. A fim de evitar manobras tendentes a obstaculizar a utilização do direito ao silêncio, chega-se, inclusive, a sustentar que o direito ao silêncio incide também nas declarações tomadas de suspeitos, indiciados e testemunhas, perante as Comissões Parlamentares de Inquérito. Assim como em declarações e depoimentos prestados em sindicâncias e processos administrativos, sejam eles realizados por autoridades do Poder Executivo, Legislativo ou Judiciário. É que a auto-incriminação poderá ocorrer em qualquer declaração ou depoimento, prestado em sede administrativa, legislativa ou judicial, penal ou extrapenal”.

³ Fazer afirmação falsa, ou negar ou calar a verdade como testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete em processo judicial, ou administrativo, inquérito policial, ou em júízo arbitral: [...]”.

⁴ Repudia o direito à mentira: “Assim, o direito ao silêncio é uma importantíssima garantia pertencente ao cidadão contra o poder estatal no exercício do *jus puniendi*, que, não há muito tempo, valia-se inclusive da tortura para a obtenção da confissão. Todavia, deve ser interpretado como o direito insofismável de silenciar e de não colaborar, salvo voluntariamente, com a investigação ou com a instrução processual. Entender além disso, como a garantia do imputado ao direito de propalar mentiras tais que prejudiquem a persecução penal, cairia no absurdo de se tutelar, por intermédio do Estado, um comportamento absolutamente mendaz, antiético e desleal”.

⁵ “[...]. O direito de permanecer em silêncio insere-se no alcance concreto da cláusula constitucional do devido processo legal. E nesse direito ao silêncio inclui-se, até mesmo por implicitude a prerrogativa processual de o acusado negar, ainda que falsamente, perante a autoridade policial ou judiciária, a prática da infração penal. [...]”.

⁶ Em defesa do direito à mentira: “Direito de mentir: sustentamos ter o réu o *direito* de mentir em seu interrogatório de mérito. Em primeiro lugar, porque ninguém é obrigado a se autoacusar. Se assim é, para evitar a admissão de culpa, há de afirmar o réu algo que sabe ser contrário à verdade. Em segundo lugar, o



Perante a autoridade policial ou ao magistrado, formalmente o interrogatório é realizado como disciplina o Código de Processo Penal, um olhar apenas comprometido com a formalidade chancelará o ato processual, dotará de toda força jurídica adstrita. A proposta é olhar para o acusado em um momento bem particular, antes de ser apresentado à autoridade competente, o período antecedente, desde a sua primeira abordagem estatal com vistas à persecução criminal.

O direito de permanecer calado deve ser informado, pelo responsável da persecução penal, ao preso - no momento da prisão em flagrante - e também ao indiciado - em se tratando de acusado que não foi preso em flagrante delito ou que, mesmo já tendo contra si indícios que revelem sua participação nos fatos investigados, não tenha sido ainda formalmente indiciado pela autoridade (SAAD, 2009).

Quem vive as experiências cotidianas da “abordagem estatal” ao acusado pode ser deparar com alguma parte da seguinte situação hipotética, mas, corriqueira. A polícia está fazendo a rotineira ronda policial, quando avista duas pessoas em uma moto e os agentes públicos movidos pelos instintos classificam os sujeitos conforme as informações visuais. Independentemente de quem sejam, referências pessoais como roupas e acessórios em uso, local e horário de trânsito, velocidade empreendida, reação ao ver o aparato policial, determinarão o futuro da intervenção policial.

Convencidos da necessidade da abordagem policial o ato é efetuado inicialmente com o enquadramento dos motoqueiros e sob a alegada medida de segurança, os dois são colocados em separados, submetidos ao primeiro interrogatório, a título de “conversa informal”, o trabalho é completado com a devassa nos aparelhos celulares portados pelos sujeitos abordados. Tudo é feito sem qualquer espaço de cogitação do direito ao silêncio e às emanções jurídicas.

Caso os motoqueiros saiam ilesos da abordagem, nada de ilícito for encontrado, são liberados e a vida segue com destino à próxima abordagem. Na hipótese de localização de uma porção de entorpecente, os dois são submetidos ao segundo interrogatório, com o mesmo título de “conversa informal”.

Desta vez, o tom do interrogatório é mais incisivo, os abordados já tem contra si uma “sentença condenatória informal”, o entorpecente localizado na abordagem policial

direito constitucional à ampla defesa não poderia excluir a possibilidade de narrar inverdades, no intuito cristalino de fugir à autoincriminação. Aliás, o que não é vedado pelo ordenamento jurídico é permitido. E se é permitido, torna-se direito”.



e este os colocam na situação praticamente obrigatória de informar todos os detalhes envolvidos à porção de entorpecente. “De quem e como adquiriu?”, “tem mais em outro local?”, “para quem seria entregue?”, são perguntas naturais de uma “boa conversa informal” e a persuasão policial não se satisfará enquanto não obtiver as respostas para as perguntas formuladas.

Após a coleta de informações, a diligência dará prosseguimento com as buscas oriundas da “conversa informal”, novos crimes e novos acusados poderão surgir. Ao final, os abordados, agora presos e acusados de coautoria do crime de tráfico de entorpecente serão levados ao distrito policial.

A *via crucis* continua, antes da apresentação à autoridade competente, serão expostos à frente de um painel ou um *banner*, serão os troféus do combate à criminalidade, com direito a novo interrogatório, o terceiro, a imprensa será a condutora da “entrevista” e as perguntas revestidas do sensacionalismo exigido por uma cobertura jornalística comprometida com a exploração midiática dos fatos. Quando a abordagem é feita pela Polícia Militar e o preso apresentado à Polícia Civil, o ritual de apresentação é duplo, as duas instituições policiais tem os seus espaços próprios, onde é realizado o quarto interrogatório, ou melhor, à quarta “conversa informal”.

A narrativa é apenas uma pequena ponta do *iceberg*, alguém até pode fazer a defesa da atuação policial, as justificativas são palatáveis frente às aflições e turbulências sociais decorrentes da banalização criminal. O problema é a dissonância entre o discurso jurídico de sistema acusatório comprometido com a dignidade humana e o trato dispensado aos acusados frente ao seu direito de permanecer calado.

O simples exemplo traz à tona no mínimo três ou quatro interrogatórios, vestidos elegantemente de roupagens denominadas “conversas informais”, realizados sem quaisquer formalismos, sem quaisquer direitos e/ou garantias fundamentais, no melhor estilo inquisitório. Em 1921, João Mendes de Almeida Júnior (ALMEIDA JUNIOR, 1921), à época ministro do Supremo Tribunal Federal, já se manifestava contra as arbitrárias confissões extrajudiciais:

A polícia não pode fazer devassa, nem em segredo repetir interrogatórios ao indiciado, porque as perguntas repetidas são “uma espécie de tormento”, como declara a Lei de 5 de março de 1790; e mesmo no *regimen* das Ordenações, as respostas conseguidas em repetição de perguntas deviam ser confirmadas em Juízo, para que



valessem como prova. Em todo caso, como já dizia o célebre Aviso-Portaria do Ministro DIOGO ANTONIO FEIJÓ, de 7 de fevereiro de 1832: - “*as perguntas ao preso devem ser feitas na sala da cadeia, com toda a publicidade*”.

Passados praticamente cem anos, os protestos ainda não ecoaram o suficiente para dar o tratamento demérito às violências estatais, infelizmente, as críticas ainda são pertinentes.

As confissões extrajudiciais reconhecidas no seio jurídico como “conversa informal” ou outros títulos mais complacentes são na verdade expressões das violências estatais hodiernas, na mesma proporção de uma declaração extraída mediante torturas ou ameaças. Não faz diferença, os efeitos jurídicos a serem atribuídos não fazem as distinções na ótica da gravidade, por um simples detalhe, mas, importante, raramente estas violências são reduzidas a termo, tudo leva a crer no atendimento dos preceitos constitucionais.

Inclusive, os autuados em flagrante são convocados a assinar um termo de garantia constitucional, sem qualquer noção da extensão jurídica da declaração a ser firmada, onde textualmente reconhece que todos os seus direitos e garantias constitucionais foram disponibilizados pelo Estado. Formalmente irretocável a atuação estatal, apesar da distância abissal da violência, muitas vezes física, sofrida no curso dos interrogatórios informais.

164

Em determinadas situações, o Ministério Público dá vazão jurídica às “conversas informais”, tidas como confissões extrajudiciais (ROSSETO, 2001)⁷, sustenta a exordial acusatória e todo o lastro probatório, inclusive o pedido de condenação, nas informações obtidas nas declarações prestadas pelos acusados em ambiente absolutamente hostil aos seus direitos e garantias fundamentais, em especial o direito de permanecer em silêncio.

O último sopro de esperança é o juiz e sua sentença absolutória, ainda que tardia, ao menos serve para sintonizar a persecução criminal à proposta humanitária

⁷ Crítica: “A confissão extrajudicial, por vezes, é aceita sem maior investigação quanto ao modo e ao meio, se lícito ou ilícito, de obtenção; há o ingresso, sem o controle adequado, dos elementos de informação na atividade jurisdicional, coletados durante a investigação, ressalvadas, evidentemente, as denominadas provas irreptíveis (perícias, apreensões e laudos em geral), que serão discutidas, todavia, na fase judicial, em contraditório posterior ou diferido. Diante da existência do fato criminoso prende-se o suspeito e desenvolve-se a investigação a partir dele e não para chegar ao verdadeiro autor do crime, de maneira que há uma busca centrada no suspeito para a descoberta do autor, o que leva o policial a extorquir a confissão daquele que tão-somente é suspeito, quando, na verdade, a Polícia brasileira deveria proceder à investigação implementada por técnicas apuradas e científicas”.



constitucional. Infelizmente nem sempre este é o final da saga, o pacto da arbitrariedade e negação do direito de permanecer em silêncio está formado, a confissão extrajudicial intitulada “conversa informal” passa a ser uma prova autônoma, válida, eficaz, legal, legítima e formalmente irrepreensível. Uma vez confessado no curso da “conversa informal”, confessado está e a única resposta cabível é a sentença condenatória.

Guilherme de Souza Nucci (NUCCI, 1999) recomenda reservas à confissão extrajudicial, pois, por se tratar de peça extraída de um procedimento inquisitivo, sem a incidência do contraditório, normalmente sem publicidade e avesso às oportunidades de produção de prova defensiva, deve ser examinada pelo juiz como um mero indício e jamais como prova direta do fato criminoso.

O ciclo nada virtuoso (NUCCI, 1999)⁸ precisa ser contido, o direito ao silêncio não é mera figura decorativa no período que antecede o interrogatório formal pela autoridade competente, seja policial ou judicial, a sua força deveria estar presente em todas as oportunidades de manifestação do acusado, formal ou informal. Não se ministra os direitos e as garantias fundamentais à conta gotas, restrita à dose formal, a expressão material precisa mostrar a sua força e se instalar no cotidiano policial e forense.

165

3 O DIREITO AO SILÊNCIO NO BRASIL

O direito ao silêncio ainda é refém de gabinetes de juízes e de alguns distritos policiais, quando raramente o preso é efetivamente interrogado pela autoridade policial competente. As ruas, em geral, não conhecem a força principiológica constitucional do direito de permanecer calado. Simplesmente não existe para o cotidiano policial e suas abordagens de rotina e infelizmente, não se trata de uma força de expressão.

O Brasil vive uma situação paradoxal, a ordem jurídica se apresenta como democrática e o sistema processual penal como acusatório, laureado de uma gama de direitos e garantias fundamentais, enquanto a abordagem policial e todo o trato estatal a

⁸ Alerta: “Essa distorção, que é a aceitação da confissão-extrajudicial como prova direta no processo penal, dá ensejo ao arraigado costume da investigação às avessas, vale dizer, a polícia, ao invés de investigar amplamente o fato criminoso e buscar todas as pistas e opções possíveis, elege um suspeito e parte dele em busca das provas para incriminá-lo. Por isso, às avessas. Deveria, mesmo com um aparente suspeito à frente, checar todas as hipóteses prováveis, mas não o faz. Uma vez tendo o suspeito, contenta-se em forçá-lo a confessar e, depois, a partir disso, conseguir mais algumas provas para concluir o inquérito, enviando-o ao Ministério Público como caso encerrado”.



uma pessoa, antes de sua apresentação à autoridade competente são absolutamente inquisitórios, um vazio jurídico-constitucional.

Não deixando marcas da agressão física, tudo é possível para interrogar informalmente o conduzido, com prosaico título de “entrevista informal” ou “conversas informais” (GIACOMOLLI, 2016)⁹ ou outras referências mais dignas para camuflar o interrogatório extrajudicial e a possível confissão extrajudicial executados em típico e nítido desvio de função do agente público.

Apenas para lembrar, na regra legal, o interrogatório deve ser conduzido pelo delegado de polícia, no âmbito do inquérito policial ou da autuação em flagrante delito e pelo juiz de direito no seio da ação penal.

Mesmo quando o acusado é apresentado à autoridade competente, a violência estatal tem as suas faces, o direito de defesa é relativizado, diga-se, *en passant*, indevidamente, a presença da defesa técnica no interrogatório policial é um detalhe dispensável pela cartilha “acusatória” brasileira.

Um exemplo da discrepância, no discurso acusatório, o investigado tem direito a ser aconselhado por advogado durante as investigações, e o defensor pode inclusive apresentar quesitos e razões durante o interrogatório e depoimento do seu assistido, nos termos da atual redação do art. 7º, inciso XXI, alínea “a”, da Lei nº. 8.906/94, dada pela Lei nº. 13.245/2016 (BRASIL, 1994)¹⁰.

Enquanto isso, os Tribunais Superiores entendem que no curso do inquérito policial, em que pese à alteração do art. 7º, XXI, da Lei nº. 8.906/1994 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil), promovida pela Lei nº. 13.245/2016, ter implicado reforço das prerrogativas da defesa técnica, a falta desta na fase pré-processual não configura automaticamente nulidade do inquérito. As portas continuam abertas às indevidas mitigações do direito de permanecer calado.

Sintonizar o direito ao silêncio à sua envergadura constitucional exige uma

⁹ Alerta: “Não é demasiado acentuar a possibilidade de o sujeito ser induzido, mediante engano, a produzir prova contra si, mormente a declarar, como ocorre nas denominadas “conversas informais” com agentes da investigação, com testemunhas e nas atuações dos agentes infiltrados. Verificáveis e afastáveis, igualmente, na *law in action*, perguntas indutivas de resposta autoinculpatória, na fase investigatória e na fase processual”.

¹⁰ “Art. 7º São direitos do advogado: [...]. XXI - assistir a seus clientes investigados durante a apuração de infrações, sob pena de nulidade absoluta do respectivo interrogatório ou depoimento e, subsequentemente, de todos os elementos investigatórios e probatórios dele decorrentes ou derivados, direta ou indiretamente, podendo, inclusive, no curso da respectiva apuração: a) apresentar razões e quesitos; [...]”.



repactuação do sistema processual penal, enquanto não extinguir o vazio jurídico existente nos momentos antes do acusado ser apresentado à autoridade competente, o período antecedente, desde a sua primeira abordagem estatal com vistas à persecução criminal até ser formalmente interrogado, não há que se falar em processo penal democrático e sistema penal acusatório.

4 DESTINATÁRIOS DA TUTELA CONSTITUCIONAL DO DIREITO AO SILÊNCIO

A interpretação literal e gramatical do art. 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), segundo o qual, “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado” não deixa dúvidas a respeito do destinatário do direito ao silêncio: o preso.

Em sentido gramatical, preso é a pessoa recolhida em um estabelecimento prisional, encarcerado, detido ou tem a sua liberdade restringida em face de uma imputação criminal. Nesta dicção, apenas a pessoa presa, em flagrante ou por força de ordem judicial e somente a partir da sua prisão seria possível usufruir da benesse do direito de permanecer em silêncio.

Felizmente não é este o propósito do instituto, a leitura deve ser ampla o suficiente para alcançar qualquer pessoa sobre a qual recaia uma imputação criminal e em todos os momentos da persecução criminal, desde o primeiro ato de investigação ou a mera cogitação da autoria do crime e se prolonga mesmo após o fim da sanção penal.

Não há qualquer dúvida a respeito da possibilidade jurídica do preso dispor do direito ao silêncio, a própria redação do preceito constitucional o cita nominalmente. A leitura sistêmica da Constituição Federal de 1988 autoriza a interpretação extensiva, para tratar todos os implicados em uma imputação criminal no mesmo nível isonômico e no estado de inocência inerente a qualquer pessoa. O próprio Código de Processo Penal estimula a interpretação extensiva (BRASIL, 1941)¹¹.

O Brasil é signatário da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos,

¹¹ “Art. 3º A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito”.



aprovada na Conferência de São José da Costa Rica, em 22 de novembro de 1969 (BRASIL, 1992)¹² e neste Diploma o destinatário do direito ao silêncio não se limita ao preso, estende-se a “toda pessoa acusada de um delito”.

No diálogo entre a interpretação sistêmica da Constituição Federal de 1988 e a Convenção Americana Sobre Direitos Humanos conclui-se que a expressão “toda pessoa” significa, além do próprio preso, o indiciado, o acusado em liberdade provisória, o corréu, o denunciado, o condenado, o inimputável, a testemunha com relação aos fatos com peso autoincriminatório, o informante. Ou seja, basta ostentar a condição de imputado (BRASIL, 1991)¹³, ninguém é obrigado a cooperar com a sua própria incriminação, nem mesmo a pessoa jurídica.

A existência de indícios de autoria já coloca o pretense autor no horizonte do direito ao silêncio, oponível ao *jus puniendi* – ao Estado, antes de ser efetuada qualquer pergunta, o sujeito há de ser cientificado de seu direito a não declarar, do direito da presença de um advogado constituído ou nomeado, e de que, ao optar em falar, o que disser poderá ser utilizado como prova. Então, as exigências superaram a simples verificação da voluntariedade da declaração (GIACOMOLLI, 2016).

Esta máxima não autoriza contorcionismos jurídicos, como ouvir a pessoa, por “simples declaração”, para auxiliar na formação do convencimento de indiciamento, ao tempo da autuação por flagrante delito, prática usual do cotidiano policial, principalmente quando há coautores e ainda pairam dúvidas a respeito do papel exercido por cada um no crime em investigação. O convencimento da autoridade policial deve ser formado e sustentado da leitura das provas apresentadas pelo condutor, pela vítima, quando possível e pelas testemunhas e não nas declarações dos envolvidos.

A extensão interpretativa do termo “preso” alarga-se para todas as searas jurídicas, ainda que a tutela constitucional tenha o foco na órbita penal (NARDELLI,

¹² “**Artigo 8. Garantias judiciais:** 1. [...]. 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; e h) [...]”.

¹³ “[...] Qualquer indivíduo que figure como objeto de procedimentos investigatórios policiais ou que ostente, em juízo penal, a condição jurídica de imputado, tem, dentre as várias prerrogativas que lhe são constitucionalmente asseguradas, o direito de permanecer calado. “nemo tenetur se detegere”. Ninguém pode ser constrangido a confessar a prática de um ilícito penal. O direito de permanecer em silêncio insere-se no alcance concreto da cláusula constitucional do devido processo legal. E nesse direito ao silêncio inclui-se até mesmo por implicitude, a prerrogativa processual de o acusado negar, ainda que falsamente, perante a autoridade policial ou judiciária, a prática da infração penal. [...]”.



2015)¹⁴. Todas as vezes que alguém se deparar com a possibilidade de autoincriminação, faz necessária a leitura extensiva para preservar a liberdade individual.

A interpretação restringe-se à possibilidade de autoincriminação, ausente este requisito não há que se falar em direito ao silêncio. A situação da testemunha expressa claramente esta bifurcação, o compromisso de dizer a verdade não alcança os fatos distantes do poder de autoincriminação. A ressalva não se restringe à órbita penal, alcança toda seara jurídica, a testemunha não é obrigada a se autoacusar.

Uma pessoa convocada a prestar esclarecimentos perante Comissão Parlamentar de Inquérito, na qualidade de testemunha, nada impede que se invoque o direito de não autoincriminação, para que não se tenha que discorrer sobre fatos que possam, de alguma forma, significar reconhecimento de culpa. Comportamento natural que não resvala para a ofensa ao bem jurídico tutelado pela norma do art. 342, do Código Penal (BRASIL, 1940)¹⁵, que visa centralmente proteger a administração da justiça (ARAUJO, 2019).

169

O direito de permanecer calado, na estatura constitucional, impõe o ônus ao Estado de propiciar o seu exercício em um ambiente livre, apto ao acusado exercer a sua liberdade no limite da sua autonomia da vontade (COLTRO, 2010)¹⁶, de maneira plena. A tutela do direito ao silêncio tem a expectativa de afastar as pressões diretas ou indiretas, os engodos destinados a induzir o acusado a confessar e até mesmo a tortura psicológica ou a física, mal ainda existente em casos pontuais.

A confissão ou qualquer ato de colaboração do acusado, ou melhor, de “toda pessoa” – expressão respaldada pela Convenção Americana Sobre Direitos Humanos, com persecução criminal deve ser feita às claras, livre de qualquer embaraçamento.

¹⁴ Manifesta contra a incidência da limitação no processo civil: “O processo civil é regido pelos princípios da cooperação e da boa-fé, estando as partes e terceiros comprometidos com a verdade e com o dever de colaboração para a sua obtenção. Uma vez que a invocação do direito à não autoincriminação pelas partes ou testemunhas não tem como alvo direto o próprio processo em que as declarações forem produzidas ou as provas reveladas, não há porque ocultar elementos relevantes nesta sede e frustrar uma cognição mais apurada, sendo que existem outros meios de garantir que não haja danos à parte que revela as informações. Em outras palavras, não é proporcional a incidência da limitação no processo civil pois estar-se-ia assim, indiretamente, ampliando o alcance da proteção do instituto para além do processo penal”.

¹⁵ Fazer afirmação falsa, ou negar ou calar a verdade como testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete em processo judicial, ou administrativo, inquérito policial, ou em juízo arbitral: [...]”.

¹⁶ “Tem o interrogado direito absoluto, frente ao Estado, de escusar-se a falar, sem qualquer temor de que isso o desfavoreça ou implique qualquer presunção, por mínima que possa ser, em seu prejuízo”.



“Toda pessoa” tem direito ao silêncio e o Estado a obrigação de proporcionar o seu livre exercício, regra basilar do processo penal democrático e acusatório ainda não implementada em sua plenitude no Brasil.

5 DEVER DE INFORMAÇÃO DO DIREITO AO SILÊNCIO

O acesso à informação da imputação e todas as suas nuances é condição de validade da confissão ou de qualquer prova produzida com participação proativa do acusado, seja prova direta, seja prova indireta, mesmo que alinhada às outras provas. Informar é dar conhecimento, sem rodeios, simulações ou coações, da imputação e de todas as suas circunstâncias, antes de qualquer interrogatório formal ou informal, travestido de “conversa ou entrevista informal”.

O processo penal, como instrumento de solução de litígios, dos conflitos intersubjetivos de interesses, deve ser composto por preceitos que garantam a plenitude de sua aplicabilidade no atendimento da conveniência, de regra pública, que lhe serve de conteúdo (MOSSIN, 2014). Segundo Louis Brandeis (1856-1941)(MATZ, 2016), juiz da Suprema Corte Norte-Americana, “diz-se que a luz do Sol é o melhor dos desinfetantes; a luz elétrica, o melhor policial”, ao tecer comentários sobre a importância da publicidade e transparência na prevenção da injustiça.

Ainda que o comentário se refira à corrupção, a sua transposição para a esfera criminal é oportuna, pano de fundo da publicidade dos atos processuais previstos no art. 37, *caput*, da Constituição Federal 1988 (BRASIL, 1988)¹⁷ e no art. 792, do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941)¹⁸.

A publicidade se desdobra em duas direções, a primeira, voltada à sociedade, externa, materializa-se na possibilidade do exame dos autos, por qualquer pessoa e representa o mais seguro instrumento de fiscalização popular sobre o labor dos magistrados, promotores públicos, advogados e qualquer agente envolvido na persecução criminal.

¹⁷ “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: [...]”.

¹⁸ “Art. 792. As audiências, sessões e os atos processuais serão, em regra, públicos e se realizarão nas sedes dos juízos e tribunais, com assistência dos escrivães, do secretário, do oficial de justiça que servir de porteiro, em dia e hora certos, ou previamente designados. [...]”.



Em última análise, o povo é o juiz dos juízes. E a responsabilidade das decisões judiciais assume outra dimensão, quando tais decisões não de ser tomadas em audiência pública, na presença do povo (GRINOVER, 2009). Um controle visual contra as decisões judiciais ou administrativas maculadas por inclinações dúbias, corruptas, sentimentais ou distantes dos interesses da sociedade.

A segunda, interna, restrita às partes e um número diminuto de pessoas, meio indispensável para afastar os indevidos obstáculos à ação das garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório. A retidão da justiça e da liberdade individual compatível com o sistema acusatório somente mostrará as suas faces quando assegurado ao acusado a publicidade da imputação e de suas circunstâncias.

O trato e a importância dados às informações pelo aparelho investigador serão o divisor de águas para os dois sistemas jurídicos antagônicos. O inquisitivo sustenta-se no sigilo, nas limitações informativas, um estímulo aos conchavos e decisões às portas fechadas, enquanto o acusatório tem a medida absolutamente inversa, a transparência é a sua pretensão de referência.

Apesar da inegável importância da publicidade, as restrições às informações são necessárias em determinadas situações pontuais, marcadas pelo caráter de excepcionalidade, justificadas pelas peculiaridades do caso concreto.

A própria Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988)¹⁹ faz a ressalva, em regra, todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, sob pena de nulidade, entretanto, excepcionalmente, poderá a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a aqueles, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação.

A preservação do interesse público muitas vezes pode ser esvaziada com a divulgação de determinada informação, neste caso, admite-se o sigilo, temporário, limitado à necessidade ressaltada constitucionalmente e sem amesquinhar a ampla defesa e o contraditório. Imagina-se o decreto de prisão temporária e de busca e

¹⁹ “Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: [...]; IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; [...]”.



apreensão domiciliar acessível ao acusado, antes do cumprimento das medidas cautelares, os riscos naturais de fuga ou de perecimento de provas a serem produzidas justificam o sigilo, restrito à execução das ordens judiciais.

Outro ponto sensível à publicidade processual é o estado de inocência assegurado constitucionalmente, neste ponto cabe destacar, a publicidade está a serviço da lisura da prestação jurisdicional e não ao sensacionalismo. A exposição midiática de determinado fato é uma realidade em tempos de globalização virtual, nos casos de repercussão, qualquer informação é explorada exaustivamente, o crime e seus desdobramentos vira verdadeiro *reality show*, a sede de vingança da opinião pública não pode e não deve intervir no estado natural da persecução criminal.

A opinião pública extraída da força midiática não é e não poderá ser titular do juiz natural, a sua régua é o sensacionalismo, enquanto o Poder Judiciário, titular absoluto e soberano do juiz natural tem a grata missão de concretizar a dignidade da pessoa humana em um julgamento distante da opinião pública, centrado na persuasão racional das provas produzidas sob o crivo das garantias e dos direitos fundamentais.

172

Voltando-se à fase administrativa da persecução criminal, onde ainda é viva a cultura do trato inquisitório ao procedimento policial (CARVALHO, 2006)²⁰, a sonegação de informação é uma triste realidade. A composição conflitante de interesses entre a possibilidade do sigilo do inquérito policial emanada do art. 20, do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941)²¹ e as garantias inerentes à defesa técnica (BRASIL, 1944)²², culminou na edição da Súmula Vinculante nº. 14 (BRASIL, 2020), com o

²⁰ Crítica: “A natureza inquisitiva do inquérito é tolerada por parte da doutrina, que reivindica que o princípio do contraditório deve a ele se estender. Nesse sentido, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho sustenta que o processo penal só será verdadeiramente democrático quando avançar “em direção da efetivação plena do contraditório, em um processo penal de partes que cubra toda a persecução penal e, portanto, veja, excluído, no nosso caso, o malfadado Inquérito Policial”.

²¹ “Art. 20. A autoridade assegurará no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade”.

²² “Art. 7º São direitos do advogado: [...]. VI - ingressar livremente: a) [...]; b) nas salas e dependências de audiências, secretarias, cartórios, escritórios de justiça, serviços notariais e de registro, e, no caso de delegacias e prisões, mesmo fora da hora de expediente e independentemente da presença de seus titulares; [...]; XIII - examinar, em qualquer órgão dos Poderes Judiciário e Legislativo, ou da Administração Pública em geral, autos de processos findos ou em andamento, mesmo sem procuração, quando não estiverem sujeitos a sigilo ou segredo de justiça, assegurada a obtenção de cópias, com possibilidade de tomar apontamentos; XIV - examinar, em qualquer instituição responsável por conduzir investigação, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de investigações de qualquer natureza, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos, em meio físico ou digital; XV - ter vista dos processos judiciais ou administrativos de qualquer natureza, em cartório ou na repartição competente, ou retirá-los pelos prazos legais; XVI - retirar autos de processos



seguinte teor: “é direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa”.

Para os inquisidores de plantão, a Súmula Vinculante nº. 14 barra os injustificados sigilos processuais, a informação é regra essencial para o livre exercício da defesa técnica, cuja sonegação ofende direito líquido e certo da prerrogativa do defensor e direito do acusado.

Equilibrar os interesses conflitantes da intimidade e do interesse coletivo com a publicidade de informações somente será possível quando o segredo de justiça for manejado no limite da tutela à intimidade ou de necessidade processual pontual. O foco da persecução criminal é o crime e o bem jurídico atingido e não a exposição das intimidades das partes envolvidas, da mesma forma, o processo não é um infame instrumento de vingança, pessoal ou estatal.

Formalmente há uma preocupação jurídica com a autuação em flagrante, momento sensível aos direitos e garantias fundamentais, o Código de Processo Penal dá a liberdade para qualquer do povo e impõe aos agentes públicos a obrigação de prender quem estiver em situação de flagrante delito. Uma vez ocorrida à prisão em flagrante, uma sequência de atos processuais são previstos no estatuto processual (BRASIL, 1941)²³ para ao final o juiz homologar o procedimento segregatório.

Dar trato material e formal ao direito ao silêncio é romper a barreira da formalidade legal, dar vida aos anseios democráticos e edificados na dignidade da pessoa humana do processo penal hodierno. A orientação é direta e objetiva no sentido de que o direito de permanecer calado, emanação do privilégio contra a não autoincriminação, deve ser sistematicamente adotado por todas as autoridades públicas e privadas – quando prendem uma pessoa em flagrante, por exemplo e em todos os momentos da persecução criminal.

Informar o acusado dos seus direitos admite restrições, a relatividade faz parte da harmonização do direito, existem provas cujas produções passam necessariamente pela ocultação do trabalho investigativo, a exemplo da infiltração de agentes e

findos, mesmo sem procuração, pelo prazo de dez dias; XVII – [...]”.

²³ A prisão em flagrante é disciplinada nos artigos 301 a 301.



interceptação telefônica.

Nestes casos, o sigilo é plenamente justificado e absolutamente compatível com a dignidade da pessoa humana até cessar a atividade investigativa. Uma necessária exceção. Ao abordar o acusado para cientificá-lo da investigação em curso, simultaneamente há de se disponibilizar o direito ao silêncio.

O aviso, ao prisioneiro, quanto ao direito de ficar em silêncio, deve ser acompanhado da explicitação de que as palavras do acusado podem ser utilizadas em seu desfavor, ou seja, todo aquele que for submetido à custódia do Estado deve ser alertado não só quanto ao privilégio do direito ao silêncio, como também quanto às consequências da renúncia a esse direito (ARAÚJO, 2019) e esta obrigação não é e não pode ser do acusado, este sempre será o destinatário inicial do direito/garantia fundamental de permanecer calado.

Em um olhar mais desprezioso, o destinatário do direito/garantia fundamental de permanecer calado seria somente o acusado, ledô engano, as autoridades públicas também são beneficiárias. Ao explicitar as orientações, o compromisso passa a fazer parte, consciente ou inconsciente, das ações em execução pelo agente público e tende a barrar eventuais excessos ou abuso de autoridade.

De nada adianta uma teia de proteção formal ao direito de permanecer calado quando esta realidade fica restrita aos gabinetes institucionais, ao momento único do interrogatório formal.

O acusado tem direito à informação antes de qualquer manifestação, todas as vezes que se vê à frente de uma imputação criminal, esta é a realidade constitucional a ser viabilizada pelo Estado.

6 MOMENTO DA INFORMAÇÃO DO DIREITO AO SILÊNCIO

Inescusável o ônus constitucional do Estado de informar o acusado a respeito do seu direito de permanecer calado, quando este se deparar com qualquer acusação de cunho criminal ou com condão incriminador, a ser disponibilizado de forma livre, direta, objetiva e transparente, independente da gravidade do fato.

Apesar do texto constitucional referir-se ao preso como destinatário do direito, a tutela alcança não só a pessoa capturada, todos imbricados em uma acusação criminal



ou com possibilidade de incriminação, tem ao seu dispor o direito ao silêncio. Da mesma forma, não importa o ato ou o momento processual, a possibilidade de incriminação tem ao seu lado a vedação à autoincriminação (BRASIL, 2000)²⁴, na mesma medida, cuja convivência jurídica deveria ser harmônica.

O abuso no sigilo pode tornar a investigação inquisitiva e o excesso de informação poderá esvaziar a persecução criminal, duas realidades inafastáveis e determinantes para estabelecer o momento mais apropriado para o Estado cumprir o seu *munus* e assegurar o direito ao silêncio ao acusado.

No caso da prisão em flagrante, formalmente, o momento está fixado no art. 304, do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941)²⁵, ou seja, no curso da autuação em flagrante a ser conduzido pela autoridade policial, após oitiva do condutor, das testemunhas que o acompanharem, quando o acusado é submetido ao interrogatório policial.

O interrogatório policial está sujeito praticamente às mesmas formalidades exigidas para o ato judicial (BRASIL, 1941)²⁶, exceto a dispensa da presença obrigatória do membro do ministério público e a participação facultativa da defesa técnica.

Na leitura infraconstitucional, o momento é assim definido: “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” (BRASIL, 1941).

Na dicção do Código de Processo Penal, após a formalização da prisão em

²⁴ “EMENTA: CPI: *NEMO TENETUR SE DETEGERE*: DIREITO AO SILÊNCIO. [...]. Não importa que, na CPI - que tem poderes de instrução, mas nenhum poder de processar nem de julgar - a rigor não haja acusados: a garantia contra a auto-incriminação se estende a qualquer indagação por autoridade pública de cuja resposta possa advir à imputação ao declarante da prática de crime, ainda que em procedimento e foro diversos. Se o objeto da CPI é mais amplo do que os fatos em relação aos quais o cidadão intimado a depor tem sido objeto de suspeitas, do direito ao silêncio não decorre o de recusar-se de logo a depor, mas sim o de não responder às perguntas cujas repostas entenda possam vir a incriminá-lo: [...]”.

²⁵ Apresentado o preso à autoridade competente, ouvirá esta o condutor e colherá, desde logo, sua assinatura, entregando a este cópia do termo e recibo de entrega do preso. Em seguida, procederá à oitiva das testemunhas que o acompanharem e ao interrogatório do acusado sobre a imputação que lhe é feita, colhendo, após cada oitiva suas respectivas assinaturas, lavrando, a autoridade, afinal, o auto. [...]”.

²⁶ “Art. 6º Logo que tiver conhecimento da prática da infração penal, a autoridade policial deverá: [...]; V - ouvir o indiciado, com observância, no que for aplicável, do disposto no Capítulo III do Título VII, deste Livro, devendo o respectivo termo ser assinado por duas testemunhas que lhe tenham ouvido a leitura; [...]”.



flagrante, em caso da impossibilidade de prestar fiança, em até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, será encaminhado ao juiz competente o auto de prisão em flagrante. Ao receber o auto de prisão em flagrante, no prazo máximo de até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, o juiz deverá promover audiência de custódia com a presença do acusado, do advogado constituído ou membro da defensoria pública e o membro do ministério público, e, nessa audiência, o juiz deverá, fundamentadamente, relaxar a prisão ilegal ou converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os seus requisitos e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão e também poderá conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

A audiência de custódia é uma tentativa de propiciar ao acusado condições mínimas de viver as experiências do aparelho investigatório alinhado aos direitos e garantias fundamentais. O esforço não é suficiente para albergar o direito ao silêncio nos momentos antecedentes à apresentação formal do acusado à autoridade judicial. Duas situações ainda são corriqueiras.

176

A primeira, a instituição legal da audiência de custódia não teve o poder de inibir as “entrevistas informais”, os procedimentos continuam a acontecer com a mesma higidez. O roteiro jurídico permanece inalterado, o preso é submetido a interrogatórios informais sem qualquer disponibilidade do direito de permanecer calado e os agentes públicos envolvidos na abordagem policial levam estas informações ao processo, na condição de testemunhas, ao final do processo, a nulidade é esquecida em nome da necessária sentença condenatória.

A segunda, na praxe policial, ao tempo da formalização do auto de prisão em flagrante, o preso é levado a assinar o “termo de ciência das garantias constitucionais” e apesar da visível ofensa ao direito ao silêncio, fato constatável nas próprias declarações dos policiais envolvidos na abordagem policial, onde os mesmos procuram reduzir a termo, o máximo possível, o teor das declarações prestadas pelo preso, coletadas sem qualquer ciência do direito de permanecer calado.

Normalmente não se dá crédito ao documento, especialmente quando o preso não se faz acompanhado de defesa técnica no curso da autuação em flagrante, o “termo de ciência das garantias constitucionais” é apresentado como um documento a mais a ser assinado. A importância somente vem à tona quando há qualquer alegação de



nulidade em face da indisponibilidade do direito ao silêncio, a assinatura lançada sem qualquer explicação volta-se contra o acusado, formalmente ele reconheceu que todos os seus direitos e garantias fundamentais foram respeitados, ainda que a realidade material seja diametralmente oposta.

Lado outro, após o cumprimento de ordem judicial de prisão temporária (BRASIL, 1989)²⁷ ou de prisão preventiva, o acusado é apresentado à autoridade policial, quando é submetido a interrogatório policial. Neste caso, o ato processual está sujeito às mesmas formalidades a serem atendidas no interrogatório judicial ou no curso da autuação em flagrante delito (QUEIJO, 2012)²⁸. As exigências previstas no Capítulo III, do Título VII, do Código de Processo Penal, aplicam-se a qualquer interrogatório e em todos os casos, a advertência do direito de permanecer calado deve ser feita “antes de iniciar o interrogatório”.

Dúvidas não há a respeito do momento adequado para o Estado informar ao acusado do direito ao silêncio, o próprio estatuto processual preocupa-se em viabilizar ao acusado o direito de permanecer calado, “antes de iniciar o interrogatório”.

A mesma sintonia vivida pelo formalismo do interrogatório inexistente nos momentos antecedentes à apresentação do acusado à autoridade competente. Infelizmente há um vazio jurídico nestes momentos, o acusado está entregue à própria sorte, ao menos este é o tratamento que tem sido dado pelo Estado e seus agentes públicos, em flagrante violação dos direitos e garantias fundamentais inerentes a este momento em particular.

O vazio jurídico existe, registra-se, restrito à seara infraconstitucional, o direito de permanecer calado tem envergadura constitucional, a ser concretizado em todos os momentos da persecução criminal e voltados a qualquer ato processual a ser formalizado com a participação do acusado, formal ou informal. João Claudio Couceiro (COUCEIRO, 2004) compartilha o mesmo entendimento:

²⁷ “Art. 2º A prisão temporária será decretada pelo Juiz, em face da representação da autoridade policial ou de requerimento do Ministério Público, e terá o prazo de 5 (cinco) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade. [...]; § 6º Efetuada a prisão, a autoridade policial informará o preso dos direitos previstos no art. 5º da Constituição Federal. [...]”.

²⁸ Destaca: “Em todos os interrogatórios deverá ser respeitado o direito ao silêncio, mesmo que, em algum deles, ele tenha respondido às indagações. Assim, nos interrogatórios a cargo da polícia ou do Judiciário, deverá ser observado o direito ao silêncio. Tal observância impõe-se com maior rigor ainda nos interrogatórios realizados pelas autoridades policiais. É que, nas dependências policiais, o indivíduo fica mais vulnerável, quer pelo ambiente, quer pela proximidade temporal em relação ao fato (no caso de prisão em flagrante), quer pela ausência do defensor”.



O direito ao silêncio abrange não só os interrogatórios formais, como também toda a oitiva do imputado realizada informalmente, perante qualquer autoridade com atribuição para investigar (delegado de polícia, promotor de justiça, ou qualquer outra autoridade administrativa, além do juiz de direito, evidentemente): sempre que for dada ao imputado a oportunidade de se manifestar, deve ser ele advertido de seu direito ao silêncio. O direito ao silêncio abrange tanto o interrogatório extrajudicial, como aquele realizado em juízo, excluindo-se a hipótese das declarações espontâneas dadas pela pessoa. Assim, quando alguém, fora dos casos de interrogatório, admite espontaneamente, perante policiais ou outras autoridades, a prática de um delito, tal declaração pode ser empregada contra ele, ainda que não tenha sido advertido de seus direitos.

A incoerência entre o interrogatório formal do Código de Processo Penal e o direito constitucional ao silêncio existente nos momentos antecedentes à apresentação do acusado à autoridade competente esvazia completamente as emanções constitucionais do direito de permanecer calado.

Em outras palavras, o momento de informar ao acusado do seu direito de permanecer calado é no instante de sua prisão. José Wilson Ferreira (LIMA, 2018) faz a mesma observação:

Desse modo, sendo o momento da prisão o mesmo em que ocorre a supressão do direito à liberdade, esse deve ser, inadiavelmente, o momento em que o preso deverá não apenas ser informado quanto a seus direitos, mas, especialmente, tê-los garantidos e efetivados, sob pena de se incorrer na insatisfação prática de seus direitos fundamentais, que redundará, no caso em exame, na própria ineficácia do direito ao silêncio. Aliado a isso, é no momento da prisão que se deve resguardar a integridade física e mental do preso, especialmente em relação aos executores da medida. Em verdade, não faria sentido algum postergar para outro momento o cumprimento desses direitos, sob a forma de simples registros de que foram observados.

O dever de advertência sobre o direito de permanecer calado não se restringe ao interrogatório formal, alcança, inclusive, os interrogatórios extrajudiciais intitulados de “entrevista informal” e todas as formas de abordagem estatal, sem exceção.

O recorte processual é restrito aos momentos antecedentes à apresentação do acusado à autoridade competente, quando o acusado está à mercê de abusos, sem a imprescindível assistência técnica. Nestes momentos, muitas vezes o acusado é interrogado extrajudicialmente sem ter a mínima noção de que está sendo submetido ao ato processual e muito menos conhece o teor da imputação e das provas ou indícios



existentes até então.

Nem sempre a abordagem policial coloca a dignidade humana do acusado como foco do seu trabalho investigativo, a necessidade de provar a imputação não dá espaço mínimo para tratamento condizente com a sua categoria de sujeito de direito. Não é fácil despir das múltiplas influências possíveis de emergir do crime em apuração.

O sistema processual penal acusatório requer do agente público senso de equilíbrio, principalmente nas abordagens extrajudiciais e extraformais, para dar eficácia material ao direito ao silêncio. Infelizmente ainda é comum a submissão do acusado a intermináveis questionamentos, a fim de levar o mesmo a assumir a autoria e revelar detalhes da imputação.

Os interrogatórios informais geralmente se realizam na casa do acusado, no lugar onde se deu a prisão ou no interior da viatura a caminho da delegacia (NUCCI, 1999), são pequenos exemplos da indevida ação estatal, isso quando não termina em tortura policial, triste realidade corrosiva do direito ao silêncio.

Quando se afirmar respeito a liberdade do acusado e o seu direito ao silêncio, o mínimo que se espera é dar a ciência da existência do direito e cessar o interrogatório, formal ou informal, quando manifestado o *animus* de permanecer calado, independente do momento de sua expressão volitiva.

Para o exercício do direito ao silêncio não importa o ato ou o momento processual em curso. Enfim, o momento da informação do direito ao silêncio é na primeira abordagem estatal do acusado, a ser exercido livre de qualquer obstrução, sob pena de macular as declarações colhidas sem o imprescindível esclarecimento da imputação e do lastro probatório existente até então.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição Federal de 1988 não faz restrição do direito ao silêncio ao interrogatório formal, apenas determina que “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado”. Pelo contrário, o ônus constitucional do Estado e de seus agentes volta-se ao momento da prisão e não da formalização da prisão.

A praxe estatal consiste em ignorar os primados do direito ao silêncio nos momentos em que antecedem o interrogatório formal. Nestes momentos, o acusado está



largado à própria sorte, melhor dizendo, ao azar de ser submetido aos sucessivos interrogatórios informais, ao arrepio de qualquer direito ou garantia fundamental.

Em um estado democrático de direito comprometido com um sistema penal acusatório, o mínimo que se espera é uma investigação criminal transparente em todas as fases da persecução criminal.

Na contemporaneidade, o sistema acusatório é identificado pela liberdade do acusado frente à acusação, o mesmo não é visto e nem tratado como objeto de investigação, mas sujeito detentor de direitos e garantias fundamentais. O perfil humanitário fundamenta a impossibilidade de utilização da tortura para extrair a confissão ou juramento de dizer a “verdade”. As restrições sedimentadas nos direitos e garantias fundamentais impõe um conjunto de princípios específicos para a persecução criminal.

No Brasil, infelizmente há um vazio jurídico nos momentos antecedentes à apresentação do acusado à autoridade competente para coletar o interrogatório. Aparentemente não há qualquer vedação para os abusivos contornos dados ao direito de permanecer calado, os procedimentos são múltiplos, vai desde as conversas informais até o uso da violência física ou moral.

O meio manifestamente ilícito é simplesmente ignorado, as declarações prestadas pelo acusado, sem qualquer segurança da força axiológica do direito ao silêncio, ganham vida nos depoimentos dos agentes públicos.

O vazio jurídico é apenas aparente, a atual Constituição Federal veda exatamente estes nefastos expedientes, o direito de permanecer calado não está restrito à formalização da prisão, é vivo também no momento da prisão de cunho incriminatório.

Sintonizar o direito ao silêncio na extensão dada pela Constituição Federal de 1988, exige uma repactuação do sistema processual penal, para dar força material ao direito de permanecer calado em todas as fases da atividade investigatória criminal. Enquanto não extinguir o vazio jurídico existente nos momentos antecedentes à apresentação do acusado à autoridade competente para ser formalmente interrogado, não há que se falar em processo penal democrático e sistema penal acusatório.

A negação ao direito de permanecer calado, no curso dos interrogatórios informais, travestido de conversas ou entrevistas informais, é prática usual e tende a se manter enquanto não houver uma alteração da legislação processual ordinária ou uma



resposta enérgica do Poder Judiciário.

Mesmo sob a égide da Constituição Federal de 1988, o cotidiano investigatório criminal continua a testemunhar os procedimentos investigativos aninhados em atmosfera dominante, sustentado na fragilização de direitos e garantias fundamentais do acusado. Mudar este paradigma é preciso, a existência de dupla interpretação para o mesmo direito e garantia fundamental não coaduna com perfil democrático e humanitário do processo penal edificado na dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. **A reforma do processo.** In: **Revista do Supremo Tribunal Federal.** n.º. 30, p. 383-403, jul. 1921.

ARAÚJO, Andre Luiz Silva. **O habeas corpus e o direito ao silêncio perante a comissão parlamentar de inquérito.** In: PEDRINA, Gustavo Mascarenhas Lacerda. *Et. al.* (Orgs.). **Habeas corpus no Supremo Tribunal Federal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 26 nov. 2020.

BRASIL. **Decreto Legislativo N.º. 27, de 1992.** Aprova o texto da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto São José) celebrado em São José da Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, por ocasião da Conferência especializada Interamericana sobre Direitos Humanos. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/1992/decretolegislativo-27-26-maio-1992-358314-exposicaodemotivos-143572-pl.html>. Acesso em: 26 nov. 2020.

BRASIL. **Decreto-Lei N.º. 3.689, de 03 de outubro de 1.941.** Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 26 nov. 2020.

BRASIL. **Decreto-Lei N.º. 2.848, de 07 de dezembro de 1.940.** Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 26 nov. 2020.

BRASIL. **Lei N.º. 8.906, de 04 de julho de 1.994.** Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8906.htm. Acesso em: 26 nov. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Primeira Turma). **HC 68.929/SP.** Relator Ministro Celso de Mello. Julgado em 22.10.1991. Disponível em:



<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2868929.NUM E.+OU+68929.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/y3pboxtd>. Acesso em: 26 nov. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante Nº. 14**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1230>. Acesso em: 26 nov. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Tribunal Pleno). **HC 79.244/DF. Relator Ministro Sepúlveda Pertence**. Julgado em 23.02.2000. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=78009>. Acesso em: 26 nov. 2020.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Processo penal e constituição: princípios constitucionais do processo penal**. 4. ed. ver. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2006.

COLTRO, Antônio Carlos Mathias. **A efetividade da constituição: o direito ao silêncio**, In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *Et al]* (Orgs.). **Hermenêutica constitucional: homenagem aos 22 anos do grupo de estudos Maria Garcia**. Florianópolis: Conceito, 2010.

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

182

GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o pacto de São José da Costa Rica; cases da Corte Interamericana, do Tribunal Europeu e do STF**. São Paulo: Atlas, 2016.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Princípios e Garantias Constitucionais**. In: LIMA, Marcellus Polastri; SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna (Coords.). **A renovação processual penal após a Constituição de 1988: estudos em homenagem ao professor José Barcelos de Souza**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

LIMA, José Wilson Ferreira. **A efetividade do direito ao silêncio dependente da posição social e econômica do indivíduo: abordagem à luz do sistema persecutório-penal**. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2018.

MARCINKO, Leonardo Cazonatti. **A mentira do réu no interrogatório judicial**. In: **Atuação: revista jurídica do Ministério Público Catarinense**. v. 12, n. 26, jan./jun. 2015. p. 27, Florianópolis: PGJ, 2015.

MATZ, Joshua; TRIBE, Laurence. Tradução de Adisson Leal e Cláudio Lucena. **Financiamento de campanha: siga o dinheiro**. In: **Estudos eleitorais**. v. 11, n. 2, maio/ago. 2016. p. 273-325. Brasília: Escola Judiciária Eleitoral, 2016.

MOSSIN, Heráclito Antônio. **Garantias fundamentais na área criminal**. Barueri: Manole, 2014.



NARDELLI, Marcella Alves Mascarenhas. **O direito à prova e à não autoincriminação em uma perspectiva comparada entre os processos civil e penal.** *In: Revista de processo.* v. 246/2015, Ago/2015, p. 171-198. Revista dos Tribunais Online. 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. **O valor da confissão como meio de prova no processo penal.** 2. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo: o princípio do nemo tenetur se detegere e suas decorrências no processo penal.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012

ROSSETTO, Enio Luiz. **A confissão no processo penal.** São Paulo: Atlas, 2001.

SAAD, Marta. *In: PRADO, Geraldo; MALAN, Diogo (Coords.).* **Processo penal e democracia: estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988.** p. 423-453. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.