

---

## O DIREITO AO SILÊNCIO COMO GARANTIA CONSTITUCIONAL

*MarciaCACeres Dias Yokoyama*<sup>1</sup>

### 1. Introdução

Alocada dentre os fundamentos do Estado Democrático de Direito, fórmula sintetizadora das ideias de paz jurídica e justiça condensadas positivamente na fórmula política adotada pela Constituição Federal (GUERRA FILHO, 2005, p. 70) como princípio fundamental geral previsto na Constituição Federal, está a dignidade da pessoa humana como núcleo norteador das relações pessoais, bem como da relação Estado-indivíduo enquanto garantidor do direito da individualidade e da personalidade. Fica evidente que o Direito Constitucional pátrio atribui à pessoa humana importante superioridade.

A dignidade da pessoa humana radica no direito natural, derivado da natureza do homem ou da natureza do direito, nos valores éticos superiores ou na consciência jurídica comunitária (MIRANDA, 1988, p. 10 e 51), e dá fundamento aos direitos fundamentais.

Dentre diversas definições, para Sarlet a dignidade da pessoa humana é:

a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos. (SARLET, 2006, p. 60).

Tal princípio é considerado um supraprincípio. Explica Piovesan (2003, p. 193) que “É no valor da dignidade humana que a ordem jurídica encontra seu próprio sentido, sendo seu ponto de partida e seu ponto de chegada, na tarefa de interpretação normativa”, por se

---

<sup>1</sup> Advogada. Especialista em Direito Processual Penal. Mestre em Processo Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professora Universitária do Centro Acadêmico Padre Anchieta (UniAnchieta) na disciplina Direito Penal e em outras instituições.

tratar de valor supremo e fundamento de toda a ordem jurídica. Teve sua formulação na ética kantiana, precisamente na máxima que determina aos homens, em suas relações interpessoais, não agirem jamais de molde a que o outro seja tratado como objeto e sim, igualmente como sujeito (GUERRA FILHO, 2005, p. 62).

Ensina Sarlet (2006, p. 25 e 102) que é indissociável a vinculação entre a dignidade humana e os direitos fundamentais, pois estes são a concretização daquele supraprincípio e, em regra, a violação destes direitos estará vinculada a uma ofensa à dignidade da pessoa. Referido valor supremo serve de parâmetro para a aplicação, interpretação e integração de todo o ordenamento jurídico na sua função hermenêutica instrumental integradora. Em contrapartida, gera para o Estado o dever de preservar e promover a dignidade dos indivíduos.

O direito ao silêncio, previsto como direito e garantia fundamental e, portanto cláusula pétrea, no artigo 5º, inciso LXIII da Lei Maior, como corolário contra a autoincriminação, também encontra seu fundamento na dignidade da pessoa humana. Assim: “*o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado*”.

Dentre os direitos fundamentais estão aqueles que buscam proteger essencialmente a pessoa enquanto tal, na sua individualidade, nos atributos da sua personalidade moral. Prescindem de laços de convivência social, neles cabendo o direito à vida, à integridade moral e física, à liberdade de consciência, à liberdade e à segurança (MIRANDA, 1988, p. 86), inclusive a jurídica.

Ainda não existe um conceito preciso e sintético de direitos fundamentais devido à própria evolução histórica e muitos termos são empregados em sentidos sinônimos para designá-los, segundo nos mostra Silva (J., 2004, p. 175) como direitos naturais, direitos humanos, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais, liberdades públicas.

Estabelecidos os direitos fundamentais do indivíduo, indispensável venham garantidos por instrumentos aptos a sua asseguuração e efetivação pelos órgãos estatais: as garantias. Na colação de Ferreira Filho (1992, p. 251), “As garantias consistem nas prescrições que vedam determinadas ações do Poder Público que violariam direito reconhecido. São barreiras erigidas para a proteção dos direitos consagrados”. Assim, as garantias destinam-se à fruição daquele direito. Por isso, segundo Tucci (1993, p. 52), o dualismo - direitos e garantias, para

que a outorga destas através de preceitos constitucionais possam tutelar os direitos que amparam por via de instrumentos correspondentes pela grandeza e importância.

A garantias têm caráter instrumental, pois, como assevera Canotilho (1993, p. 520): “quer no direito dos cidadãos a exigir dos poderes públicos a proteção dos seus direitos, quer no reconhecimento dos meios processuais adequados a essa finalidade”. Pertence o direito de permanecer calado aos doutrinariamente chamados direitos fundamentais de primeira geração, aqueles destinados ao direito de defesa do indivíduo perante o Estado, que impõe a este um comportamento de abstenção ou um comportamento negativo nas relações individuais e sociais. Pertencem a este grupo os direitos civis, individuais e políticos.

A palavra silêncio é o vocábulo que vem de *silentium*, de *silere* – calar-se. Designa o estado da pessoa que se cala, que se abstém de falar (MELLO, 1937, p. 4). Quem cala nada diz.

Na proteção contra a autoincriminação o Estado respeita o direito de permanecer calado do indivíduo como liberdade de opção de decidir por aquilo que não lhe prejudique, privilegiando a autodeterminação de abster-se de falar no interrogatório ou em fase anterior, como premissa dos valores e dignidade humanos. Sandeville (1991, p. 241) aduz que “calar não significa confessar nem admitir a imputação. Também não significa não ter respostas, mas tão-somente não querer fazer uso de uma faculdade processual, por motivo de foro íntimo ou para evitar prejuízos”.

Consequentemente, não pode o silêncio do imputado ter como consequências o estabelecimento de indícios ou presunções negativas ou positivas na apuração da responsabilidade penal, menos ainda o estabelecimento do ônus da verdade, porque inadmissível que o exercício de um direito e garantia consagrados possa trazer qualquer desvantagem.

## **2. Sua relação com o direito à intimidade**

A jurisprudência inglesa do século XVIII é considerada a origem do direito à intimidade. Mas a questão internacionalizou-se somente no século XX com a discussão do tema em congressos internacionais, dentre eles a Conferência Nórdica sobre o direito à

intimidade, realizado em Estocolmo pela Comissão Internacional de Juristas, e o Colóquio de Varenna, ambos em 1967, que concluiu ser o direito à intimidade aquele que tem o homem de viver de forma independente, como um mínimo de ingerência alheia (FERREIRA, 1994, p. 97).

Entre nós, ao lado da tutela do silêncio como direito e garantia fundamental, a Constituição Federal protege a intimidade e a vida privada no artigo 5º, inciso X, *verbis*: “São invioláveis a intimidade e a vida privada, a honra e a imagem das pessoas [...]”.

Dentre os tratados internacionais dos quais é parte, já em 1948 o Brasil ratificou a Declaração Universal dos Direitos Humanos<sup>2</sup> que pretendeu abolir de vez as barbáries da Segunda Guerra Mundial. No seu artigo 12 prevê a tutela da intimidade nesta redação: “Ninguém será sujeito a interferências na sua vida privada, na sua família, no seu lar ou na sua correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques”.

Da mesma forma, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, ratificado pelo Brasil em 21 de janeiro de 1992,<sup>3</sup> tutelou a intimidade no artigo 17, n. 1, onde determina: “Ninguém poderá ser objeto de ingerências arbitrárias ou ilegais em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra e reputação”.

A Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica),<sup>4</sup> ratificada em 25 de setembro de 1992, também tratou do tema, deixando evidenciada a preocupação internacional e interna com a proteção da intimidade. Reza seu artigo 11:

1. Toda pessoa tem direito ao respeito da sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade. 2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação. 3. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou tais ofensas.

<sup>2</sup> Adotada e proclamada pela Resolução 217-A (III) da Assembleia Geral da ONU em 10.12.48.

<sup>3</sup> Adotado pela Resolução 2.200-A (XXI) da Assembleia Geral da ONU em 06.12.1966.

<sup>4</sup> Adotada em 22.11.69.

O direito ao silêncio é uma das manifestações da intimidade, é o direito de escolha entre revelar e manifestar seus pensamentos ou não, de fechar-se em si mesmo, de não se expor e de tomar livremente uma postura diante de uma determinada situação de acordo com sua consciência. Neste núcleo intangível, o direito à intimidade é atributo da personalidade. De acordo o mestre italiano De Cupis (1961, p. 15), “A personalidade não se identifica com os direitos e com as obrigações jurídicas, constitui pré-condição deles, ou seja, o seu fundamento e pressuposto”. O direito à intimidade caracteriza-se como absoluto e indisponível.

Através da voz ou gestos o indivíduo comunica-se com o mundo exterior, revelando seus pensamentos, desejos, sua inteligência, sua maneira de ser, suas emoções, enfim, sua subjetividade passa para o mundo fático.

O direito ao segredo ou à intimidade protege as manifestações da pessoa, conservando-as completamente inacessíveis ao conhecimento dos outros, pois:

Trata-se, a intimidade, como direito inerente à personalidade, de direito inserido nas liberdades públicas, direito oposto à autoridade pública, quer no campo da polícia judiciária, quer no da atividade jurisdicional. Pertence o direito ao silêncio à intimidade, sendo manifestação de um fundamental aspecto das liberdades públicas. É necessário permitir ao homem calar, fechar-se em si mesmo, nos seus pensamentos e reflexões, não se expor, considerar seus juízos, posicionar-se axiológica e livremente perante as coisas, os homens, o universo, dentro de sua *Weltanschauung*. (AZEVEDO, D., 2001, p. 140-141).

Segundo Araújo e Nunes Júnior (2004, p. 123), a vida social forma um círculo concêntrico onde está a vida privada e dentro deste concentra-se a intimidade. O conceito de intimidade fixa uma divisão entre o “eu” e os “outros”, de modo a criar um espaço que o titular deseja manter impenetrável mesmo aos mais próximos. Em preciosa constatação:

O homem, em virtude de sua própria natureza, é o principal depositário de seus segredos. Guarda-os no íntimo do seu ser. Alguns, não revela a ninguém. Outros, transmite a pessoas próximas. Essa esfera, a da intimidade, é impenetrável. Deve, necessariamente, ser garantida, sob pena de se atentar contra a dignidade do ser humano. Por isso, ninguém pode forçar alguém a revelar o que não pretende. São condenáveis tanto as práticas violentas para dissuadi-lo a se manifestar sobre o que guarda no recôndito do seu ser, como

as manobras insinuantes que, de maneira disfarçada, enganam-no para dar a conhecer o que desejava manter oculto. (FERNANDES, 2006, p. 457-458).

Sobretudo, o respeito à intimidade, ao recato, ao segredo, impõe limites tanto para o particular como para os entes estatais. Estes, primordialmente, devem ser seus guardiões. Sobre a individualidade e a relação com o Estado escreve Jorge Miranda:

Pode e deve falar-se, sim, numa atitude geral de respeito, resultante do reconhecimento da liberdade da pessoa de conformar a sua personalidade e de reger a sua vida e os seus interesses. Esse respeito pelo converter-se quer em abstenções quer em acções do Estado e das demais entidades públicas ao serviço da realização da pessoa, individual ou institucionalmente considerada – mas nunca em substituição da acção ou da livre decisão da pessoa, nunca a ponto de o Estado penetrar na sua personalidade e afectar o seu ser. (MIRANDA, 1988, p. 102).

A limitação que o próprio Estado auto-impõe é garantia de liberdade individual enquanto abstenção de atos tendentes a ferir a intimidade da pessoa na sua vida privada e em sua individualidade. Não há substituição da livre consciência de manifestação individual pelo Estado. Há um limite entre a intervenção e a autodeterminação do homem que permeia sua liberdade. Assim, o silêncio do indivíduo é protegido pela redoma da intimidade que não pode ser quebrada por imposição estatal.

### **3. A efetivação da garantia**

#### **3.1 Na presunção de inocência**

A presunção de inocência é princípio originário das ideias liberais do século XVIII, mas positivou-se com a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão em 1789 que proclamou: “Todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado e, se se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor desnecessário à guarda da sua pessoa deverá ser severamente reprimido pela lei”.

No pós Segunda Guerra internacionalizou-se ao integrar os documentos sobre direitos humanos. Assim, na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, fixou no artigo

11.1 que “toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente, até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa”.

Tal princípio continuou a fazer parte da agenda internacional ao ser disciplinada também na Convenção Europeia sobre Direitos Humanos de Roma, em 1950 (art. 6, n. 2) e no Pacto Internacional sobre os Direitos Cívicos e Políticos, em 1966 (art. 14, n. 2).

Dentre o largo rol das garantias judiciais previstas a Convenção Americana de Direitos Humanos, de São José da Costa Rica em 1969, prevê a presunção de inocência ao fixar que “toda pessoa acusada de um delito tem o direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa” (art. 8º, n.2).

A Constituição Federal de 1988 consagra referido princípio como direito e garantia fundamental no artigo 5º, inciso LVII na dicção de que: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Não só o acusado, mas todo indivíduo que estiver em qualquer posição, seja ele de mero investigado, indiciado, preso ou acusado é abarcado pela proteção, de acordo com a interpretação da expressão “ninguém” trazida no referido artigo (GOMES FILHO, 2006, p. 317).

Desse princípio coerente, também chamado de presunção de não-culpabilidade, resulta que o cidadão não precisa fazer demonstração de sua inocência, que é presumida desde a investigação até sua condenação definitiva. Assim, o ônus da prova da autoria e da materialidade da infração penal não cabe à defesa, mas é um ônus da acusação. O encargo de provar é regra dirigida pelo princípio *actori incumbit probatio*, ou seja, deve incumbir-se da prova o autor da tese levantada. Para o reconhecimento da pretensão punitiva pelo juiz, a acusação instrui a ação penal de modo a provar o alegado na peça inaugural de forma eficiente. Assim, cabe à parte acusadora provar a existência de todos os elementos constitutivos do tipo, sua autoria, cabendo demonstrar também os elementos subjetivo e normativo do tipo (MARQUES, J., 1998; NORONHA, 1998; TOURINHO FILHO, 2003).

Daí resulta que se houver qualquer dúvida sobre a alegação, prevalece a absolvição do réu, concretizando o princípio do *in dubio pro reo*, previsto no artigo 386, inciso VI, do Código de Processo Penal onde: “absolve-se o réu quando não existir prova suficiente para a condenação”. Idêntico preceito é acrescentado nos seus incisos II e IV ao disciplinar que



caberá absolvição quando não houver prova da existência do fato ou não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal.

No processo penal o juiz assume o papel não só de mediador para reconstruir a verdade, mas tem a possibilidade de ordenar diligências como atividade supletiva, isto porque cabe às partes carrear aos autos a prova de suas alegações. Mas tal emerge apenas para esclarecer alguma dúvida relevante sobre a prova, com a cautela de não se assemelhar à acusação ou à defesa.

A regra no sistema processual penal é da busca da verdade real ou material, chamada também de regra da verdade atingível ou processualmente possível, que tem de um lado a preservação do interesse comunitário e do outro a assecuração da liberdade jurídica do indivíduo envolvido (TUCCI, 2002, p. 228). Robustecendo, a Professora Ada Pellegrini Grinover (1982, p. 61) leciona que verdade material é aquela subtraída à influência que as partes, por seu comportamento processual, queiram exercer sobre ela.

A reconstrução do fato no processo penal deve guardar o mais possível a semelhança com a verdade, efetivando-se a condenação somente quando robustamente apuradas a autoria e a materialidade.

Por esta razão, diferentemente do que ocorre no processo civil, não é possível empregar no âmbito adjetivo penal a máxima de que “quem cala consente”. Não existe confissão ficta no processo penal. Se o acusado não fizer prova a seu favor, não significa que admitiu a culpa. É preciso emergir a evidência para além da aquiescência das partes.<sup>5</sup>

Mais além, como assevera Coltro (2003, p. 153), sequer haverá a exigência para que o acusado justifique o porquê de ter calado na polícia ou em juízo, rechaçando a interpretação de que “quem é inocente nada tem a esconder” como conclusão contrária a quem silenciou, pois justifica-se pelo exercício de um direito por seu titular.

Motivos vários justificam o calar do investigado ou acusado - além da autoproteção, como não prejudicar eventual coréu ou encobrir outras pessoas, sentimento de indignação ou

---

<sup>5</sup> A Corte Europeia de Direitos Humanos firmou jurisprudência no sentido de que “a presunção de inocência confere ao acusado o direito ao silêncio, sem lhe tirar o direito à contraprova, e protege-o da obrigação de fornecer prova da sua inocência” (STEINER, 2000, p. 125).



revolta, desejo de não colaborar deliberadamente com a produção da prova ou medo de represálias.

Em clássico estudo sobre o comportamento do acusado, Altavilla (1981, v. p. 455) concluiu: “Aquele que, culpado ou inocente, é acusado de um crime vive num estado de ansiedade, de tormentoso alerta, de medo, esforçando-se por saber quais as provas reunidas contra ele; vive num apertado círculo monoideístico [...]”. Ainda, explica o estudioso, é de se excluir a ideia de que o imputado cale-se por lhe ser impossível defender-se. O silêncio pode ser determinado por um valor superior, como o de proteger outra pessoa ou o interesse de uma associação, de não revelar a sua vergonha, ou expressão de uma doença mental (1982, v. 2, p. 126). Em interessante verificação, muitas vezes o indiciado ou réu: “está sob o domínio de emoção aguda que lhe prejudica a inteligência e memória, ou se sente inseguro pela ausência de um defensor de sua inteira confiança” (AZEVEDO, D., 2001, p. 145). E continua este autor: “em crimes infamantes, ou em delitos que lhe repercutiram profundamente na esfera espiritual, pode preferir não revivescer o acontecimento constrangedor, de triste memória, ou humilhante e vergonhoso, episódio às vezes único e negro da vida”.

Para a condenação, os fatos alegados pela acusação devem estar provados. Logo, isenta-se o réu da colaboração na produção das provas (*nemo tenetur se accusare* - não cabe ao acusado fornecer provas contra si), permitindo-se sua inércia através do silêncio, proibidos quaisquer indícios de culpa diante de sua postura.

A relação entre presunção de inocência e silêncio é que aquela impede que este seja valorado em desfavor de quem o exerce. Na lição de Bento de Faria (1942, p. 256), “o silêncio não vale por – confissão tácita, fictícia ou presumida”. No destaque de Grinover:

Fazer do silêncio do réu elemento que pode ser interpretado em prejuízo da defesa significa valorá-lo como indício de culpa. Ora, é evidente que do silêncio não podem deduzir-se presunções, que superem a presunção de inocência do réu, consagrada na Declaração dos direitos do Homem e do Cidadão da ONU (art. 9º). (GRINOVER, 1976, p. 29).

Pela livre apreciação das provas propugnada pelo estatuto processual, o juiz forma seu convencimento com ênfase na liberdade limitada, muito embora tenha ele uma função cognitiva, o que inclui uma atividade valorativa (FERRAJOLI, 2006, p. 43). Mas, como o

próprio regramento impõe, o convencimento se faz pela análise da prova e não é possível individualizar o silêncio como fonte de prova, mesmo porque tal não constitui prova no sentido técnico-jurídico do termo.

De outro lado, a conclusão a que chegar o juiz deve ser sempre fundamentada, retirando a possibilidade de basear-se na conduta processual do réu. Segundo anota Guilherme Nucci,

Não se nega que no espírito do magistrado o silêncio invocado pelo réu pode gerar a suspeita de ser ele realmente o autor do crime, embora, ainda que tal se dê, é defeso ao magistrado externar o seu pensamento na sentença. Ora, como toda decisão deve ser fundamentada, o silêncio jamais deve compor o contexto de argumentos do magistrado para sustentar a condenação. É preciso abstrair, por completo, o silêncio do réu, caso o exerça, porque o processo penal deve ter instrumentos suficientes para comprovar a culpa do acusado, sem a necessidade de se valer do próprio interessado para compor o quadro probatório da acusação. (NUCCI, 2004, p. 187).

Logo, o princípio da presunção de inocência forma uma barreira a qualquer outra presunção que negativamente atribua ao calar uma interpretação de culpa do investigado ou réu.

### **3.2. No devido processo legal: a ampla defesa e o contraditório**

Prevê o texto constitucional que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (art. 5º, inciso LIV). No âmbito do processo penal esse princípio, típico do estado democrático de direito, garante um processo justo e também que nenhuma pena pode ser aplicada sem o devido processo (*nulla poena sine iudicio*), mesmo porque é proibida a autotutela. Nele, o procedimento está previsto no ordenamento jurídico, revestido das condições mínimas para a realização da justiça através da igualdade dos sujeitos processuais. Significa, na dicção de Greco Filho (1989, p. 110), o processo adequado, que assegure a igualdade de partes, o contraditório e da ampla defesa.

O devido processo legal garante a existência de um processo regularmente constituído, conduzido por um juízo imparcial e competente pré-constituído, com a possibilidade de ciência prévia da acusação e assecuração de todos os meios de efetiva defesa, a publicidade

dos atos judiciais, a motivação das decisões e o duplo grau de jurisdição. Enfim, envolve todas as garantias do acusado durante o processo e antes mesmo da instauração.

É no processo que o acusado tem a oportunidade de defender-se e exercer seus direitos, onde avulta a necessidade de estabelecer limites à atividade persecutória do Estado, pois os direitos fundamentais assumem sua maior dimensão no processo penal quando protegem a segurança, a vida e a liberdade humanas (GRINOVER, 1982, p. 20).

A regra do devido processo legal é premissa do contraditório e da ampla defesa, vetores onde se realizam o direito contra a autoincriminação e o direito ao silêncio como seu corolário. Para Araújo e Nunes Júnior (2004, p. 154), o privilégio contra a autoincriminação é regra do devido processo legal.

É em sede de ampla defesa e contraditório que o direito ao silêncio impõe suas marcas características quando em pleno exercício. A ampla defesa e o contraditório são direitos e garantias constitucionais como tais previstos no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal que assegura “aos litigantes em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral [...] o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”, sobre os quais gravita todo o processo penal.

Através destes dois princípios garante-se ao acusado a oportunidade de ser informado sobre a existência e o conteúdo da ação penal para contraditar a acusação e as provas apresentadas, bem como realizar sua autodefesa, acessar uma defesa técnica eficiente e possibilitar a apresentação todos os recursos esgotáveis.

O contraditório busca o adjetivo da igualdade processual ente as partes, seguindo a máxima *audiatur et altera pars* – a parte contrária deve também ser ouvida. É certo que contraditório e ampla defesa tangenciam-se e se complementam. Diz-se que o acusador age e o acusado reage, mesmo que não queira (PITOMBO, 1993, p. 72). Em termos simplistas, isto é o contraditar. Tal princípio é típico do processo penal acusatório como direito absoluto.

Efetiva-se o contraditório com a ciência do acusado de todos os termos e atos do processo e a oportunidade de se manifestar sobre eles com paridade de armas. A íntima relação entre o contraditório e o direito ao silêncio é patente, pois

O direito ao silêncio conecta-se à regra do contraditório real e efetivo, na medida em que, para o pleno exercício daquele, não é suficiente a ciência formal da acusação, mas a perfeita compreensão do imputado dos termos e da extensão e conseqüências da incriminação. Somente tendo a consciência perfeita do que lhe está sendo imputado poderá saber se lhe é conveniente falar ou calar, produzir ou não determinada prova ou, ainda, praticar ou não atos lesivos à sua defesa. (MOURA; MORAES, 1994, p.138).

Quanto à *ampla defesa* é necessário que o termo seja entendido em toda a abrangência da expressão, como magistralmente ensina Greco Filho:

Compreendem a ampla defesa: a) ter conhecimento claro da imputação; b) poder apresentar alegações contra a acusação; c) poder acompanhar a prova produzida e fazer a contra-prova; d) ter defesa técnica por advogado, cuja função, aliás, agora, é essencial à Administração da Justiça (art. 133); e e) poder recorrer da decisão desfavorável. (GRECO FILHO, 1989, p. 110).

Para que se efetive a ampla defesa e o contraditório é mister uma apresentação clara da imputação para que o acusado possa inteirar-se de todos os seus termos e circunstâncias. Unicamente com a absoluta ciência da acusação, ou seja, aquela decorrente de uma operação intelectual de apreensão da realidade (AZEVEDO, D., 2001, p. 144) será possível contradizê-la. Mas isso não é suficiente. A orientação e o acompanhamento de um profissional com conhecimento técnico vai nortear toda a defesa. É por isso que a ampla defesa no processo penal realiza-se tanto na autodefesa do acusado como na defesa técnica.

A autodefesa inicia-se desde o momento em que pesa contra o indivíduo, através de uma reação natural de auto-conservação, qualquer gravame, como a realização da prisão ou da citação, e atinge a fase policial, estendendo-se por toda a ação penal.

É um direito renunciável, embora a ausência de oportunidade para realizá-la gere nulidade. Em juízo, realiza-se no direito de audiência, na sua bilateralidade, de presença a todos os atos processuais, de intervir na produção das provas auxiliando seu defensor e de peticionar pessoalmente.

O direito de silenciar efetiva-se através da garantia da ampla defesa na medida em que seu exercício é, antes de tudo, o exercício da defesa própria, com a não produção de provas contrárias a si ou por entender o titular que existe o risco de potencial dano à defesa ao falar. É o direito de escolha da atitude que lhe seja mais conveniente. Calar ou falar, dizer a verdade ou mentir fazem parte da estratégia e exercício de defesa.

Neste diapasão, esclarece Fernandes (2002, p. 278) que o direito ao silêncio é garantia relacionada com a ampla defesa, servindo para resguardar o preso, o investigado e o acusado, propiciando uma maior amplitude de defesa.

A par da autodefesa está a inafastável defesa técnica, realizada por profissional habilitado, imperativo para manter o equilíbrio entre as partes processuais diante da posição em que se encontram, quais sejam, de um lado o representante da *persecutio criminis* do Estado e de outro, o imputado. Tem essa qualidade também porque irá assegurar a orientação técnica sobre o silêncio como estratégia de defesa.

A defesa técnica é indispensável porque diferentemente do que ocorre no processo civil, o processo penal envolve bem jurídico indisponível. Além disso, referida defesa deve realizar-se durante todo o curso da ação, nas oportunidades de apresentar provas e se manifestar, indo sua atuação além da sentença de primeiro grau, adotando todas as medidas cabíveis para proteger o *ius libertatis*.

Mas para que a ampla defesa atinja todos os seus fins, autores sustentam o seu emprego desde a fase policial (COUCEIRO, 2004, p. 201; FERNANDES, A., 2002, p. 273; LOPES JÚNIOR, 2006, p. 351; SAAD, 2004, p. 198 et seq.; TUCCI, 1993, p. 115). No que diz respeito ao direito de calar, para que o preso ou o investigado possa entender e fazer sua opção de falar ou silenciar, ou até que ponto falar, a informação sobre o alcance e consequências deste ato precisa chegar até ele na fase inquisitiva.

Para tanto, a presença de um defensor neste momento, ou seja, na lavratura do auto de prisão em flagrante e no interrogatório policial, vai possibilitar a efetivação da garantia do silêncio integralmente, não só em juízo. Esta atuação terá seara no campo da orientação e informação para assegurar todos os direitos do preso e do investigado. Neste horizonte,

Se o acusado é preso em flagrante, a imediata intervenção do advogado guarda especial importância no sentido de informá-lo sobre a natureza da

infração que lhe é imputada, o direito ao silêncio, assegurar o direito de assistência do intérprete, e a presença física do advogado, durante o interrogatório, ajuda a atenuar a pressão que muitas vezes é exercida sobre o acusado, assegurando-lhe o respeito aos direitos. (SAAD, 2004, p. 203).

É de se ressaltar que o direito à ampla defesa e ao contraditório são garantias judiciais mínimas previstas na Convenção Americana de Direitos Humanos (art. 8º, n. 2, letras a, b, c, d, e, f), em consonância com a disposição da Carta Política.

### 3.3. No direito à informação

A garantia do silêncio nasce em fase pré-processual. Assim, o direito de permanecer calado, bem como o alusivo à assistência da família e de advogado, devem ser *informados* ao preso no momento da prisão e, ao indiciado ou réu, antes da realização dos respectivos interrogatórios. Este é o mandamento constitucional: “o preso será informado de seus direitos [...]” (art. 5º, LXIII). Trata-se de direito público subjetivo e liberdade esclarecida.

Nesta visão, Grinover, Fernandes e Gomes Filho (1993, p. 71), asseveram que o direito ao silêncio e a assistência de advogado para o preso denotam a “preocupação inicial com a pessoa capturada: a esta, mesmo fora e antes do interrogatório, são asseguradas as mencionadas garantias”.

É certo que a partir da prisão inicia-se a autodefesa como reação natural do indivíduo. Mas para uma efetiva defesa, é necessário que o suspeito seja informado sobre os direitos que lhe cabem. Tal só será possível se no ato da prisão houver a advertência ao detido pelos responsáveis da prisão. Com lastro neste entendimento, Nucci assevera que:

essa informação não pode ser dada somente no instante em que o detido é apresentado à autoridade policial, vale dizer, somente no momento de ser interrogado formalmente. É preciso reconhecer o verdadeiro alcance da vontade do constituinte e, sob esse prisma, o alerta deve ser dado ao preso no exato momento da prisão. (NUCCI, 1999, p. 229).

Regularmente, o detido desconhece a abrangência da garantia e, não raro, a acusação utiliza como prova o depoimento dos policiais que efetuaram a prisão, sobre aquilo que

ouviram em conversa informal com o preso,<sup>6</sup> o que certamente tem sido muito útil para embasar condenações dentro do conjunto das provas colhidas.

De outro lado, nos casos policiais chocantes ocorre o *interrogatório pela imprensa* em que jornalistas fazem perguntas e até induzem o preso a respondê-las como uma verdadeira confissão extrajudicial.<sup>7</sup> Para Gomes Filho,

Afora a ilegalidade patente desse procedimento, não só pelo desrespeito aos direitos fundamentais, mas também pela violação dos preceitos que estabelecem o modo de formação dos dados probatórios, tal conduta atenta contra a própria administração da justiça, por constituir uma intromissão indevida nas tarefas próprias do judiciário. (GOMES FILHO, 1997, p. 118).

A fórmula norte-americana “*Você tem o direito de permanecer calado e tudo o que disser poderá ser usado contra si no tribunal*” - permite melhor entendimento sobre a amplitude do silêncio, vez que mostra a consequência pela opção de falar sobre o fato criminoso mesmo fora do momento da prisão. Existe o dever formal de esclarecimento e informação àquele que tem sua liberdade atingida e a violação desta formalidade, resulta na inadmissibilidade das declarações prestadas.

Poder-se-á chegar a uma questão mais longínqua: a prisão em flagrante por particular (incluídos os vigilantes e seguranças) exige deste o dever de informação sobre o direito ao silêncio?

O artigo 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal não determina quem tem o dever de informar o direito ao preso. Porém, cabe ao Estado assegurar a efetivação das garantias constitucionais previstas através de seus agentes, pois “as garantias reportam-se ao Estado em actividade de relação com a pessoa” e são “modos de organização ou actuação do Estado” (MIRANDA, 1988, p. 89).

---

<sup>6</sup> Vislumbrando a inadmissibilidade da utilização como prova do depoimento de policiais sobre o que ouviram em conversa informal com o preso, sem que tenha sido avisado do direito ao silêncio, colhida de maneira enganosa: Nucci (1999a., p. 233).

<sup>7</sup> No Estado de São Paulo, a Portaria 3 de 26.03.1992, da Corregedoria da Polícia Judiciária regulamentou a concessão de entrevistas pelos presos: deve haver prévia autorização da Corregedoria e a concordância prévia e por escrito do preso (arts. 1º e 2º), a fim de garantir que a apuração da responsabilidade possa ser aferida através de regular inquérito, resguardando o direito ao silêncio. Ainda, a Portaria n. 18 de 25.11.1998 da Delegacia Geral de Polícia de São Paulo determinou que as autoridades policiais e demais servidores zelarão pela preservação da imagem, nome e privacidade das pessoas detidas.



Nesta circunstância, somente a partir do contato do detido com os policiais ou com a autoridade policial, ou seja, quando o indivíduo passa à mercê da guarda do Estado, o direito à informação deve ser exercido. Desta forma, os depoimentos daqueles particulares sobre o que ouviram do detido, devem ser vistos com a devida reserva e valor.

Nas lavraturas de auto de prisão em flagrante, o conduzido será ouvido em interrogatório como parte integrante do auto. Neste ato, vislumbra-se a necessidade do acompanhamento de um defensor ao autuado que se justifica porque uma das informações constitucionais dadas ao preso é de que tem o direito à assistência de um advogado.

O *mens legis* é de que a presença de um defensor vai explicitar em primeiro momento qual a melhor opção ao indigitado autor do fato para exercer sua autodefesa: falar, ou que falar ou simplesmente calar, colaborar ou não na investigação. A advertência realizada no momento da prisão apenas levará ao preso a noção de opção entre calar ou falar, mas não o real alcance deste direito.

Também cabe ao defensor acompanhar todos os atos a fim de evitar abusos pelo órgão investigador e verificar a asseguuração de todos os direitos do preso. Em terceiro momento, estar a par dos fatos para pleitear as medidas judiciais cabíveis como relaxamento da prisão ou liberdade provisória.

Além da previsão constitucional, a advertência sobre o direito de permanecer calado antes de iniciar o interrogatório é imposição legal, prevista também no código adjetivo no artigo 186. Por sua vez, no artigo 6º, inciso V, determina que o indiciado será ouvido com observância, no que for aplicável, ao capítulo alusivo ao interrogatório judicial. Logo, antes de iniciar o interrogatório policial, o investigado ou indiciado deverá ser orientado sobre o direito de permanecer calado, seja pela autoridade, seja pelo defensor.

Já na fase judicial, o denunciado, quando comunicado de que contra si foi movida uma ação penal, passa a ser titular de direitos que por esta razão lhe cabem, incluído o direito à informação de todas as garantias processuais e consequências jurídicas advindas do processo e de seus próprios atos.

Para a validade da tutela jurisdicional, é exigência a informação da existência da ação ao interessado para que dela tomar conhecimento e inteirar-se de seu teor a fim de que possa preparar sua atuação defensiva pois, no dizer do Prof. Canuto Mendes de Almeida (1973, p. 14), ninguém “pode defender-se sem conhecimento dos termos da imputação que lhe é feita”.

Esta ciência inicial chega na forma de citação válida, que tem como finalidades, no ensinamento de Tucci (1993, p. 207-208), “a) a informação sobre o conteúdo do ato introdutório do processo; b) incitação do citando para comparecimento em juízo; e c) propiciação de atuação judicial pertinente à respectiva defesa [...]”.

O estatuto processual penal determina que antes da realização do interrogatório o juiz assegurará ao acusado entrevista reservada com o defensor (art. 185, § 5º) e que o réu será interrogado na presença dele (art. 185, *caput*, parte final).

A entrevista com o advogado deve dar-se em tempo suficientemente anterior à audiência, a fim de lhe possibilitar primeiro ouvir minuciosamente o réu para depois orientá-lo. Daí a imperiosa nomeação prévia de advogado dativo ou defensor para cumprir essa exigência formal quando o acusado não tiver advogado. Nesse diapasão, a Convenção Americana de Direitos Humanos garante a toda pessoa acusada de delito, em seu artigo 8º, 2, a comunicação prévia e pormenorizada da acusação, a concessão do tempo e dos meios necessários à preparação de sua defesa, o direito de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor e de comunicar-se, livremente e em particular, com ele (letras *b*, *c*, *d* respectivamente).

A partir da informação sobre o silêncio e sua consequência, pode-se assegurar ao imputado sua real compreensão e exercício consciente do direito ou até mesmo sua abdicação.

Não há que se aquilatar se o preso, investigado ou acusado já tinha conhecimento adequado sobre a disponibilidade desse direito, mesmo sem ter sido informado pelos órgãos oficiais. A fórmula da advertência deverá sempre ser expressamente verbalizada. A informação prestada antes do interrogatório é indispensável para vencer qualquer pressão e dar ciência de que o interrogado é livre para exercer o seu direito àquela altura e qual sua abrangência. Assim, a presença de um advogado, sobretudo na fase policial, retira qualquer possibilidade de eventual coação. Moraes e Moura (1994, p. 140) salientam que o interrogado, “temendo uma errada e inconstitucional interpretação desfavorável de seu silêncio, e desassistido de defensor técnico, acaba por produzir prova contra si mesmo”.

A falta de informação sobre o direito ao silêncio ao preso, investigado ou acusado afigura-se como um verdadeiro vício, por se tratar de violação de direito e garantia constitucional, que pode gerar a nulidade do interrogatório, ou de todos os atos subsequentes, bem como a invalidade de eventual confissão (GOMES FILHO, 2006, p. 327).

Importa verificar se a inexistência de advertência sobre o silêncio redundou em prejuízo para a defesa do imputado. É caso de nulidade do processo, a partir do interrogatório, se sacrificada a autodefesa e o consequente direito de defesa; ou apenas a invalidade do interrogatório, com a repetição do ato, se a falta de advertência não afetou a defesa (COLTRO, 1999; GRINOVER; FERNANDES; GOMES FILHO, 1993). É exemplo do último caso, o calar do arguido ou sua negativa sem que houvesse advertência.

Além da infringência ao mandamento constitucional, a omissão de esclarecimento esbarra na lei processual penal que determina a advertência sobre o silêncio como elemento essencial do interrogatório, policial ou judicial. Consequentemente, sua ausência constitui nulidade por infringência ao artigo 564, inciso IV, do código citado.<sup>8</sup>

Questão pouco discutida é se a falta de advertência sobre o silêncio pela autoridade policial é capaz de invalidar a prisão em flagrante. É certo que a inobservância da regra afeta a legalidade do ato. No entender de Reis (1983, p. 330), “Se a mencionada advertência não foi formulada, não sendo registrada no auto, é este inválido. [...] Nulo o auto, torna-se ilegal a prisão”.

Nada impede seja refeito o interrogatório observando as cautelas constitucionais, prossigam as investigações, bem como seja decretada a prisão preventiva se for o caso. No entender de Moraes e Moura (1994, p. 144), “uma vez desrespeitados os ditames constitucionais, a prisão em flagrante se torna ilegal, sem possibilidade de convalidação, por não guardar a legalidade necessária”. Sempre é válido perquirir a presença do prejuízo para a defesa. Portanto, tudo que o preso, o investigado ou réu vier a dizer perante os órgãos estatais sem que seja alertado sobre o direito, é inconstitucional e não poderá ser utilizado contra si.

### **3.4 Na proibição das provas ilícitas. A proporcionalidade.**

A Lei Maior de 1988 vedou de forma expressa a utilização de provas obtidas por meios ilícitos no processo com a dicção do artigo 5º, inciso LVI, que disciplina: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

---

<sup>8</sup> Código de Processo Penal (Decreto-lei n. 3689/41): “Art. 564. A nulidade ocorrerá nos seguintes casos: [...] IV – por omissão de formalidade que constitua elemento essencial do ato”.

Sem apresentar um rol taxativo das proibições, o legislador constitucional preocupou-se, primordialmente, em tutelar a dignidade da pessoa humana limitando o procedimento probatório a fim de não afetar a moralidade, os bons costumes e não tolher a defesa do indivíduo. É no processo penal que esta fórmula assume um papel relevante pois é nele,

onde avulta a liberdade do indivíduo, que se torna nítida a necessidade de se colocarem limites à atividade instrutória. A dicotomia defesa social-direitos de liberdade assume freqüentemente conotações dramáticas no juízo penal; e a obrigação de o Estado sacrificar na medida menor possível os direitos de personalidade ao acusado transforma-se na pedra de toque de um sistema de liberdades públicas. (GRINOVER, GOMES FILHO, FERNADES, 1993, p.110).

O direito à produção da prova, que é consequência da garantia da ampla defesa e do contraditório, precisamente, é direito à prova legitimamente obtida ou produzida, proteção concedida igualmente às partes na demonstração da verdade dos fatos, em igual oportunidade e paridade de armas (TUCCI; CRUZ E TUCCI, 1989, p. 68).

As provas ilícitas são as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais (CPP, art. 157). São exemplos a prova colhida com violação da intimidade (art. 5º, X, CF) como a utilização do *lie detector* (detector de mentiras), a confissão obtida mediante tortura (art. 5º, III, CF e Lei n. 9.455/97), com violação do sigilo das telecomunicações (art. 5º, XII, CF e Lei n. 9.296/96).

A ilicitude diz respeito à forma como se deu a colheita da prova e sua inserção no processo. A questão da ilicitude de provas envolve sempre uma violação a um bem jurídico. Pode colidir com valores de interesse social e público, mas os interesses do processo penal encontram limites na dignidade da pessoa humana e nos princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito. Como ressalta Avolio,

a problemática da prova ilícita se prende sempre à questão das liberdades públicas, onde estão assegurados os direitos e garantias atinentes à intimidade, à liberdade, à dignidade humana; mas, também, de direito penal, civil, administrativo, onde já se encontram definidos na ordem infraconstitucional outros direitos ou cominações legais que podem ser contrapor às exigências de segurança social, investigação criminal e acerto da verdade [...]. (AVOLIO, 2003, p. 43).

A denominada prova ilícita por derivação (conhecida como *frutos da árvore envenenada*), originária do direito norte-americano, é aquela colhida a partir de uma prática ilícita e que, por isso, acaba de igual forma contaminada (art. 157, § 1º, CPP).

A doutrina discute a possibilidade de atenuação da proibição da utilização da prova ilícita nos casos de excepcional gravidade, relativizando a regra para corrigir distorções resultantes de seu rigorismo quando em colisão com outros princípios fundamentais. A busca pelo equilíbrio entre esses princípios conflitantes desemboca na *teoria da proporcionalidade*, do direito alemão, ou da *razoabilidade*, também chamada de balanceamento ou preponderância de interesses (AVOLIO, 2003, p. 60), que autoriza a superação das vedações probatórias (GOMES FILHO, 1997, p. 104). O princípio da proporcionalidade “es un principio general del Derecho que, em sentido muy amplio obliga al operador juridico a tratar de alcanzar el justo equilibrio entre los intereses em conflicto” (SERRANO, 1990, p. 17).

Tal teoria ou princípio, não recebeu tratamento constitucional expreso. Para o Professor Gomes Filho (1997, p. 106), a Constituição Federal adotou o critério da proporcionalidade ao prever a quebra da inviolabilidade das comunicações telefônicas para fins de investigação criminal ou instrução processual apenas nas hipóteses legais. Embora inexista hierarquia entre os princípios constitucionais, sendo todos eles “considerados relativos em sua normatividade, na medida em que não se admite, [...] que um princípio possa ser absoluto, afastando todos os demais em toda e qualquer hipótese” (TAVARES, 2003, p. 38), a proporcionalidade decorre de uma “hierarquia axiológica ínsita nos valores que informam a ordem constitucional, dos quais são positivadas os princípios constitucionais” (PRADO, F., 2006, p. 168). Assim, “ao problema da relação de primazia entre princípios corresponde o problema de uma ordem hierárquica dos valores” (HECK, 2003, p. 71), importa dizer, na eleição de um valor ou interesse que deva prevalecer. Nesta diretiva, Fernandes (A., 2002, p. 54) ressalta que na restrição de direitos individuais há de se observar três requisitos intrínsecos: a necessidade, a adequação e a prevalência do valor protegido na ponderação dos interesses em confronto.

Porém, a dignidade humana como valor-fonte tem evidência axiológica no sistema constitucional brasileiro e é imponderável como valor intrínseco e insubstituível, respeitada

quando se falar em capacidade de autodeterminação.<sup>9</sup> Sobre a deslegitimidade na violação do direito à intimidade e silêncio:

a invocação do princípio da proporcionalidade para autorizar a realização da prova com violação, *exempli gratia*, do direito à intimidade do acusado ou do direito ao silêncio, ou ainda, para a admissão de prova produzida, sem autorização judicial, com violação desses direitos, não se revela legítima, pois o interesse de punir estatal é um interesse deslegitimado e, portanto, indigno de ser levado à balança da ponderação como um bem ou direito efetivamente protegido pela Constituição Federal de 1988. (PRADO, F., 2006, p. 204).

Aceita-se a utilização da prova ilícita para favorecer o réu inocente sob o argumento de que a ilicitude é eliminada por causas excludentes (GRINOVER; FERNANDES; GOMES FILHO, 1993; MORAES, A., 2003; NUCCI, 2004), visando a proteger um bem maior que é a liberdade do indivíduo. Para Greco Filho (1989, p. 113), a condenação de um inocente seria mais abominável que o sacrifício de algum outro preceito legal.

A busca da verdade, no processo penal encontra limites nas garantias e direitos fundamentais. Os meios contrários ao silêncio do arguido em que avultam a violência física, como interrogatórios exaustivos, tortura e maus tratos, e a moral, como tratos autoritários, meios ardilosos, ameaças, narcoanálise, utilização de detector de mentiras, hipnose, devem ser repugnados.

Além de proibir as provas ilícitas, previu o artigo 5º, inciso III, da Constituição Federal que “ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano ou degradante”. O processo penal, em algumas situações, vê-se entre o interesse da coletividade na tutela jurisdicional penal e o direito ao silêncio do acusado. Mas entre eles, prevalece o núcleo intangível da personalidade, da intimidade, da liberdade, todos convergentes para o respeito da dignidade humana e, por via reflexa aos direitos fundamentais. Há que se buscar sempre o equilíbrio entre respeito às liberdades públicas e verdade processualmente possível.

---

<sup>9</sup> Aponta Dias Neto (1997, p. 187) que no direito alemão, onde a doutrina e jurisprudência aceitam e aplicam princípio da proporcionalidade, na ponderação entre o interesse da coletividade de prestação da justiça penal e o direito ao silêncio do acusado, decide-se pelo último.

Na reflexão sobre a relação entre a busca da prova dos fatos e o imputado, pondera Hassemer que:

O Direito Processual Penal reflete com grande clareza a racionalidade de uma cultura jurídica e a discussão política em torno das posições jurídicas quanto à produção do caso e à preparação da decisão. Aí estão os problemas da justiça, em relação aos quais se tratam com frequência detalhes complicados da regulação processual de modo bem menos visível que nos chamados problemas fundamentais; por ora, pode-se encontrar dois exemplos disso: a posição jurídica do acusado como de um participante na compreensão cênica e a racionalidade do direito probatório. (HASSEMER, 2005, p. 194).

Prescinde-se de aquilatar se a prova ilícita foi produzida por particular ou agente público com desrespeito aos direitos fundamentais da parte ou de terceiro. O mandamento constitucional é pela sua inadmissibilidade.

#### **4. Conclusão**

A dignidade humana é princípio maior, norteador das relações pessoais e entre Estado-indivíduo, alicerce de todos os demais princípios previstos na Constituição Federal. Por isso, o direito ao silêncio ali previsto como direito e garantia fundamental tem seu núcleo na dignidade da pessoa humana.

É manifestação do direito à intimidade, de preservação, de escolha entre falar ou calar, de não se expor, do livre exercício da consciência. É predicado da personalidade. Efetiva-se na presunção de inocência porque o imputado não precisa falar para demonstrar sua inocência. Se cala é porque não tem nada a falar ou não o deseja. Sequer há a necessidade de justificar o porquê desta postura. Não estará jamais, com isso, assumindo a culpa. No processo penal a constante é a busca pela reprodução da historicidade dos fatos mais próxima possível da realidade e, uma vez que não basta a alegação, a imputação deverá ser demonstrada pela acusação, permitindo ao acusado quedar-se silente.

Realiza-se também no devido processo penal, berço da garantia do contraditório e ampla defesa, na medida que assegura a ciência da imputação, esclarecimento sobre suas consequências e oportunidade de reação, sem as quais não é possível optar pelo silêncio. É



expressão da ampla-defesa porque o silêncio é manifestação, ainda que negativa, de defesa; é a opção pela atitude que seja mais conveniente para seu resguardo.

O direito de permanecer calado deve ser informado ao preso no momento da prisão e ao interrogado antes de iniciarem-se as perguntas. Faz-se mister o esclarecimento sobre a abrangência da garantia para evitar a falsa interpretação do direito pelo próprio titular. Os agentes públicos têm essa obrigação. O que o preso disser em conversa informal com policiais sem o conhecimento do direito, deve ser visto com reservas pelo juiz. O acompanhamento de defensor em momento anterior à realização do interrogatório irá garantir a informação necessária para o pleno exercício da garantia.

A falta da advertência sobre o direito ao silêncio é inconstitucional. É certo que tudo o que o preso ou interrogado disser sem a informação sobre o seu silêncio, não poderá ser utilizado contra si. De outro lado, a extração forçada de declarações do arguido é considerada prova obtida por meio ilícito.

#### **Referências:**

ALMEIDA, Joaquim Canuto Mendes de. *Princípios fundamentais de processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

ALTAVILLA, Enrico. *Psicologia judiciária I: o processo psicológico e a verdade judicial*. Tradução de Fernando de Miranda. 3. ed. Coimbra: Armênio Amado Editor, 1981.

\_\_\_\_\_. *Psicologia judiciária II: personagens do processo penal*. Tradução de Fernando de Miranda. 3. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1982.

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas*. 3 ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

AZEVEDO, David Teixeira de. *Atualidades no direito e processo penal*. São Paulo: Método, 2001.

BENTO DE FARIA, Antonio. *Código de Processo Penal*. Volume 1. Rio de Janeiro: Livraria Jacintho, 1942.

BRASIL. Constituição Federal. Código Penal. Código de Processo Penal. 10 ed.. São Paulo: Saraiva, 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993.

COLTRO, Antonio Carlos Mathias. *A cláusula constitucional do direito ao silêncio*. *Revista do ILANUD*, São Paulo, nº 24, p. 139-155, 2003.

\_\_\_\_\_. O silêncio, a presunção de inocência e sua valoração. In: PENTEADO, Jaques de Camargo (Coord). *Justiça Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 6, 1999, cap. 13.

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

DE CUPIS, Adriano. *Os direitos da personalidade*. Tradução de Adriano Vera Jardim e Antonio Miguel Caeiro. Lisboa: Livraria Moraes, 1961.

DIAS NETO, Theodomiro. O direito ao silêncio: tratamento nos direitos alemão e norte-americano. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 19, p.179-204, jul./set. 1997.

FERNANDES, Antonio Scarance. O sigilo financeiro e a prova criminal. In: COSTA, José de Faria; SILVA, Marco Antonio Marques da (Coords.). *Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais: visão luso-brasileira*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 457-484.

\_\_\_\_\_. *Processo Penal Constitucional*. 3. ed. rev., atual, ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução de Ana Paula Zomer Sica et al. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FERREIRA, Ivete Senise. A intimidade e o direito penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 5, p. 96-106, jan./mar. 1994.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 19. ed. rev., São Paulo: Saraiva, 1992.

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

\_\_\_\_\_. Significados da presunção de inocência. In: COSTA, José Faria; SILVA, Marco Antonio Marques da (Coords.). *Direito penal especial, processo penal e direitos fundamentais: visão luso-brasileira*. São Paulo: Quartier Latim, 2006, p. 313-333.

GONZÁLES-CUELLAR SERRANO, Nicolas. *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*. Madrid: Colex, 1990.

- GRECO FILHO, Vicente. *Tutela constitucional das liberdades*. São Paulo: Saraiva, 1989.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. Interrogatório do réu e direito ao silêncio. *Revista Ciência Penal*. São Paulo: Editora Convívio, ano III, n. 1, p. 15-31, 1976.
- \_\_\_\_\_. *Liberdades públicas e processo penal: as interpretações telefônicas*. 2. ed. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.
- \_\_\_\_\_; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *As nulidades no processo penal*. 3 ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1993.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: RCS Editora, 2005.
- HECK, Luis Afonso. Regras, princípios jurídicos e sua estrutura no pensamento de Robert Alexy. In: LEITE, George Salomão (Org). *Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 52-100.
- HASSEMER, Winfried. *Introdução aos fundamentos do direito penal*. Tradução da 2. ed. alemã, rev. e ampl., de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.
- LOPES JÚNIOR, Aury. *Sistemas de investigação preliminar no processo penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Volumes 1, 2, e 3. 1. ed. – 2. tiragem. Campinas: Bookseller, 1998.
- MELLO, Baptista de. O silêncio no direito. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 105, p. 3-20, jan. 1937.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo IV. Coimbra: Coimbra Editora, 1988.
- MORAES, Maurício Zanoide de; MOURA, Maria Thereza R. de Assis. Direito ao silêncio no interrogatório. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 2, nº 6, p.133-147, abr./jun. 1994
- 
- NORONHA, Edgard Magalhães. *Curso de direito processual penal*. 26. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1998.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

\_\_\_\_\_. *O valor da confissão como meio de prova no Processo Penal*. 2. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o princípio da dignidade humana. In: LEITE, George Salomão (Org). *Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 180-197.

PITOMBO, Sergio M. de Moraes. O juiz penal e a pesquisa da verdade material. In: PORTO, Hermínio Marques; SILVA, Marco Antonio Marques da (Coords.). *Processo penal e Constituição Federal*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1993, cap. 6.

PRADO, Fabiana Lemes Zamalloa do. *A ponderação de interesses em matéria de prova no processo penal*. São Paulo: IBCCrim, 2006.

REIS, Carlos David Santos Aarão. O silêncio do indiciado e a lavratura de auto de prisão em flagrante. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 575, p. 329-321, set. 1983.

SAAD, Marta. *O direito de defesa no inquérito policial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SANDEVILLE, Lorete Garcia. O direito ao silêncio. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, n.36, p. 239-243, dez. 1991.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. 4. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

STEINER, Sylvia Helena de Figueiredo. *A Convenção Americana sobre Direitos Humanos e sua integração ao processo penal brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

TAVARES, André Ramos. Elementos para uma teoria geral dos princípios. In: LEITE, George Salomão (Org.). *Dos princípios constitucionais: considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 21-51.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. Volume 1 e 3. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1993.

\_\_\_\_\_. *Teoria do direito processual penal: jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático)*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.



---

\_\_\_\_\_; CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Constituição de 1988 e processo: regramentos e garantias constitucionais do processo*. São Paulo: Saraiva, 1989.