

O limite ao exercício do direito ao silêncio pelo réu: o abuso do direito ao silêncio no Processo Penal

*The limitation on the exercise of the right to silence
by the defendant: abuse of the right to silence in
Criminal Procedure*

João Fabrício Dantas Júnior*

Sumário

1. Introdução. 2. O silêncio como direito do réu no processo penal. 3. O abuso do direito ao silêncio do réu no processo penal. 4. O direito ao silêncio do réu no Sistema Internacional de Direitos Humanos. 5. O direito ao silêncio e suas consequências perante o tribunal do júri. 6. Considerações finais. Referências.

Resumo

O silêncio é um dos muitos modos de comportamento do réu no procedimento penal. Sobre o silêncio, objeto da pesquisa, recai um leque normativo que demanda a respectiva construção das balizas do instituto. Assim, o exercício desse direito enfrenta consequências legais; ao passo que também levanta um leque de garantias, constitucionais e infraconstitucionais. Parâmetros advindos do Direito Internacional, que garantiriam ao réu a liberdade de exercer sua defesa em plenitude, são outros elementos que devem sempre ser levados em conta à normatividade tratada. Saber como o ordenamento brasileiro permite e limita o instituto, ao lado do que dispõe o Direito Internacional, será conhecer os limites de um dos mais básicos e antigos comportamentos de defesa do réu: o seu silêncio. Exceções e especialidades presentes no ordenamento brasileiro, além de brechas e considerações jurisprudenciais também demandaram uma estrita leitura e interpretação das normas que disciplinam o instituto: tudo para a construção do regime jurídico que preside o exercício desse direito, especificamente no procedimento penal. Por último, o interesse na pesquisa também resultou na constatação de que esse direito sofre proteções e consequências jurídicas adversas quando comparado o quadro jurídico brasileiro ao que se encontra em alguns outros ordenamentos, conforme será demonstrado. A metodologia de pesquisa será

* Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN-Brasil). Professor de Pós-Graduação em Direito Penal junto à UNI-RN. Advogado.

bibliográfica e documental. As principais conclusões do trabalho passarão pelos limites legais ao exercício do direito ao silêncio, atingindo assim uma construção de seu regime jurídico.

Abstract

Silence is one of the many ways in which defendants behave in criminal proceedings. On silence, the object of the research, there is a normative range that demands the respective construction of the institute's boundaries. Thus, the exercise of this right faces legal consequences; while also raising a range of guarantees, constitutional and infra-constitutional. Parameters arising from International Law, which would guarantee the defendant the freedom to exercise his defense in full, are other elements that must always be taken into account in the normativity dealt with. Knowing how the Brazilian Legal System allows and limits the institute, in addition to the provisions of International Law, will be to know the limits of one of the most basic and oldest behaviors in defense of the defendant: his silence. Exceptions and specialties present in the Brazilian Legal System, in addition to loopholes and jurisprudential considerations, also demanded a strict reading and interpretation of the rules that govern the institute: all required for the construction of the legal regime that rules the exercise of this right, specifically in criminal proceedings. Finally, the interest in the research also resulted in the finding that this right has protections and adverse legal consequences when comparing the Brazilian legal framework to that found in some other Ordinances, as will be shown. The research methodology will be bibliographical and documentary. The top conclusions of the paper will go through the legal limits to the exercise of the right to silence, thus reaching a construction of its legal regime.

Palavras-chave: Processo. Silêncio. Limites. Ampla Defesa.

Keywords: Procedure. Silence. Boundaries. Full Defense.

1. Introdução

O silêncio, objeto do presente artigo, é a falta de som: uma ausência, uma inexistência. Assim como são o preto, para as cores; o escuro, para a visão. O silêncio é uma inação, assim como são inações a não apresentação de defesa inscrita, a inação em não praticar algo para o qual foi intimado. A inação pode ensejar até mesmo a sanção de uma lei, conforme o parágrafo 3º do artigo 66 da Constituição Federal (CF88) e a sanção tácita de lei pelo exaurimento do prazo para manifestação do Presidente da República. Tem-se ainda a omissão de socorro, prevista no artigo 135 do Código Penal (CP), por exemplo.

Com consequências legais distintas, a depender do âmbito jurídico em que for praticado, como observam-se essas distinções no âmbito civil, no âmbito

administrativo, no âmbito constitucional, essa pesquisa debruçar-se-á sobre o silêncio praticado no processo penal.

O silêncio arrasta para si consequências jurídicas ímpares, que dependem, assim, do que entrega o próprio ordenamento jurídico, já que não haverá alteração física do meio-ambiente, algo que crie substrato factual, sobre o qual o Direito produza efeitos: um fato natural que seja também jurídico.

No capítulo 1 do trabalho, abarcar-se-á como o réu pode manter-se em silêncio durante o processo penal. Para isso, buscar-se-ão os limites do exercício desse direito e, ainda, se algo pode ser exigido que se diga enquanto interrogado. No capítulo, buscar-se-á uma interpretação sistêmica e constitucional, acerca das previsões normativas do Código de Processo Penal (CPP), frente no inciso LXIII do artigo 5º da CF88.

Ainda, no capítulo será analisada a inovação legislativa da Lei nº 10.792, de 2003, e seus efeitos sobre a disposição do artigo 198 do CPP.

Para o capítulo, utilizar-se-ão as doutrinas de Luís Roberto Barroso, Nestor Távora, Rosmar Rodrigues Alencar e ainda Eugênio Pacelli.

No capítulo 2, a pesquisa buscará traçar as linhas do abuso, no exercício do direito ao silêncio do réu, no bojo do procedimento penal. Para o capítulo, o trabalho adotará as doutrinas de Cezar Roberto Bitencourt, Gilmar Ferreira Mendes, Rogério Greco e ainda Sílvio de Salvo Venosa.

No capítulo 3, o trabalho debruçar-se-á sobre os limites dados ao réu por documentos internacionais sobre Direitos Humanos. Ainda, posicionamentos dados por organismos internacionais penais, de caráter cooperativo e, ainda, posicionamentos entregues por tribunais superiores de alguns ordenamentos estrangeiros, como o Tribunal Penal Internacional, a Suprema Corte dos Estados Unidos, o Tribunal Federal Alemão, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos e ainda a Organização dos Estados Americanos.

Nesse capítulo, utilizar-se-ão as doutrinas de Yvonne Daly, Anna Pivaty, Diletta Marchesi, Peggy ter Vrugt, e ainda Barbara Ann Hocking e Laura Leigh Manville.

No capítulo 4, a pesquisa especificará como se daria o exercício do direito ao silêncio no procedimento do júri. Diferentemente do procedimento ordinário, no procedimento do júri há disposições constitucionais que demandam uma interpretação mais aprofundada. Dessa forma, é necessário buscar a construção do microsistema jurídico aplicável ao júri, de acordo com suas regras. A problemática do sigilo e da soberania dos votos dos jurados que compõem o Conselho de Sentença, de um lado, frente ao exercício do direito ao silêncio do réu, de outro, é o embate normativo que dará o teor da construção, nesse capítulo, sobre os limites do exercício do direito ao silêncio no procedimento do júri.

Para o capítulo 4, utilizar-se-á a doutrina de Fernando Capez, Guilherme de Souza Nucci e Renato Brasileiro Lima.

Por fim, à conclusão, haverá uma recapitulação das hipóteses parciais e ainda um arremate de todas as conclusões parciais obtidas em cada capítulo, com o intuito de concentrar os pontos discutidos no artigo e ainda a construção de um regime jurídico acerca do instituto do silêncio do réu no procedimento penal, com os limites de seu exercício.

Como observado, adotar-se-á o método dedutivo de argumentação científica, partindo-se de hipóteses levantadas, para cada capítulo, referida hipótese será submetida a uma série de substratos doutrinários, normativos e jurisprudenciais para alcançar uma conclusão lógico-jurídica.

Também como percebido, utilizar-se-á de fontes doutrinárias, legislativas e, ainda, jurisprudenciais.

2. O silêncio como direito do réu no processo penal

No procedimento penal brasileiro, o réu tem direito a se silenciar. É direito de status constitucional, previsto no inciso LXIII do artigo 5º da CF88. E mais: sobre o silêncio exercido, é legalmente garantido que o ato não poderá ser considerado contra ele. É um direito previsto no parágrafo único do artigo 186 do CPP, pela inovação da Lei nº 10.792 de 2003.

Do direito ao silêncio, previsto constitucionalmente, advém o direito a não autoincriminação, direito que protegeria o indivíduo até mesmo diante de convocação para uma Comissão Parlamentar de Inquérito. (BARROSO, 2020, p. 653)

Por outro lado, o artigo 198 do mesmo código procedimental prevê que, em não importando confissão, o silêncio do acusado poderá importar elemento para o convencimento do juiz, o que entrega a problemática do capítulo.

A interpretação dada aos artigos, no primeiro plano, é que a inovação legislativa do parágrafo único do artigo 186 revogaria a possibilidade de que o silêncio do réu, previsto no artigo 198, além de não importar confissão, poderia ser elemento para a formação do convencimento do juiz apenas para absolvição.

Contudo, a interpretação sistêmica é adotada na pesquisa, donde não cabe dissociação: na análise do parágrafo único do artigo 186 do CPP, inovado, referir-se-ia ao interrogatório, onde o silêncio não poderia ser-lhe levado em prejuízo; por outro lado, a confissão é apenas uma das ações possíveis do réu, durante o interrogatório. Mais: poderia ser praticado durante todo o processo, e isso obrigatoriamente seria configuração de exercício ao direito de ser interrogado – repita-se, em qualquer momento do procedimento.

A colocação do interrogatório do acusado após a oitiva das testemunhas acaba com a celeuma sobre a natureza do instituto. Agora não há dúvida: o interrogatório é instrumento de defesa do réu no processo penal, podendo exercê-lo como bem o aproveite, inclusive ficando em silêncio, pois sobre ele, a lei proíbe ônus. (STRECK, 2020, p. 411) Sobre o silêncio como um direito, ele perfar-se-ia no princípio da inexigibilidade

da não autoincriminação – ainda *nemo tenetur se detegere*, ou ainda princípio da autodefesa. O silêncio seria um direito do réu interrogado, e esse silêncio não poderia ser levado em seu prejuízo. (TÁVORA; ALENCAR, 2017, p. 96)

O Supremo Tribunal Federal (STF), já há algum tempo, amplia essas proteções ao réu, no processo penal, para o âmbito das Comissões Parlamentares de Inquérito (CPI). Em decisão que já data do ano de 2000, o tribunal entendeu que a exigência de respeito aos princípios consagrados no sistema constitucional não frustraria e nem impediria o exercício pleno, pela CPI, dos poderes de investigação de que se acha investida (v. *HC 79.589-7/DF*).

Para o tribunal, a CPI é obrigada a observar direitos e garantias como fator de legitimação da atividade estatal, obedecendo ao regime da lei, assim como devem obediência os magistrados, os administradores e os legisladores. No voto vencedor, arremata-se que o exercício do direito ao silêncio, por tratar-se de uma prerrogativa outorgada pela CF88, não poderia acarretar, àquele que o invoca, qualquer restrição de ordem jurídica.

Em posicionamento recente, o mesmo tribunal (v. *RE 971.959/RJ*) entendeu que o direito à vedação à autoincriminação poderia até ser restringido, mas deve-se sempre manter seu núcleo essencial: para essa restrição, é necessário ainda uma ponderação, efetivando outros direitos igualmente constitucionais, respeitando sempre a dignidade humana do agente. No entendimento do STF, o direito de não produzir prova contra si mesmo garante ao investigado o direito de nada aduzir quanto ao mérito da pretensão acusatória: reforça-se, contudo, que o mesmo tribunal, na Arguição de Preceito Fundamental 444, limita o exercício desse direito.

Sobre a revogação do *caput* do artigo 198, frente à inovação do parágrafo único do artigo 186 do CPP, teria havido uma revogação implícita daquele *caput*. (PACELLI, 2017, p. 18)

Afasta-se, então, na interpretação adotada no presente trabalho, a possibilidade do critério especial para sustentar a vigência do artigo 198 frente à novação do parágrafo único do artigo 186 do CPP.

Adota-se, assim, que o silêncio do réu é um direito exercido sem ônus, com garantia legal que tal inação não será levada em conta para prejudicar a situação jurídica do acusado. Contudo, com a consagração desse direito, há de se averiguar se ele se porta como um direito absoluto, ou, ainda, se há limites: algo que permitiria a existência de abuso ao exercício do direito.

3. O abuso do direito ao silêncio do réu no processo penal

Visto que o réu tem direito de silenciar-se, diante do procedimento penal; mais: que o silêncio não poderia mais ser considerado em seu desfavor, há agora de se traçar os limites ao exercício desse direito.

Em tese, não haveria direito verdadeiramente absoluto, sob o ordenamento jurídico brasileiro. Assim, observam-se os limites aos direitos, mesmo que se tenha como objeto da análise os direitos fundamentais.

Sobre esses limites, os direitos fundamentais – como o direito ao silêncio no procedimento penal ao réu –, as liberdades, os poderes e as garantias são passíveis de limitação ou restrição. Ademais, tais restrições são limitadas: os chamados limites dos limites. (MENDES, 2020, p. 168)

Tal perspectiva dá à presente construção os limites máximos ao exercício: o abuso do direito. Instituto da Teoria Geral do Direito, o abuso é uma das formas de cometer ilícitos, exercendo direitos por além do permitido. Diferentemente da ilicitude *stricto sensu*, o abuso nasce em momento posterior ao exercício regular de um direito.

Considera-se, nesse trabalho, adotar parâmetros apresentados por doutrina do Direito Civil para arregimentar mais detalhes ao abuso do direito no âmbito penal, haja vista tratar-se de um mesmo instituto de Teoria Geral do Direito. Para tanto, defende-se que o abuso do direito reflete uma ilegalidade travestida de ato legítimo. Um ato aparentemente lícito, mas que não possui a devida regularidade, ocasionando assim, um ato ilícito. (VENOSA, 2017, p. 554)

No âmbito penal, corroborando os abusos no exercício de um direito, abstraem-se as disposições dos excessos das excludentes de ilicitude. Um exercício irregular de um direito, como uma legítima defesa exercida além de seus limites. Sobre o excesso, os resultados que dizem respeito às condutas praticadas nos limites permitidos por essa excludente estão amparados por essa causa de justificação; os outros resultados que surgiram em virtude do excesso, por serem ilícitos, serão atribuídos ao agente, que por eles terá que ser responsabilizado. (GRECO, 2017, p. 493) Tais excessos poderiam ser dolosos ou culposos: mas sempre imputáveis ao agente que incorreu no excesso, ou seja, abusou dos limites das excludentes entregues pela lei. (BITTENCOURT, 2020, p. 903)

Tal conclusão sobre a legítima defesa serviria de conteúdo normativo lógico para o instituto objeto do estudo: o excesso ao silêncio. Há direito legal previsto ao silêncio, mas ele não poderia ser praticado além dos limites previstos em lei. Seu excesso, ilícito, será atribuído ao agente que age em abuso do direito de se silenciar, e por ele terá que ser responsabilizado.

No processo penal, há algumas pessoas que não poderão fazer uso do direito previsto ao réu, direito esse que possui caráter constitucional. Há, no ordenamento jurídico, previsão normativa da obrigação de falar. Mais: obrigação de dizer a verdade, em um interrogatório, sob pena de incorrer em crime.

Com esse raciocínio, surge uma perspectiva: em havendo obrigação legal de falar, combinado com a obrigação legal de falar a verdade, estaria, por oportuno, afastado o direito de silenciar no processo penal para alguns dos participantes do procedimento penal. De todo modo, há diferentes regimes jurídicos nesse cenário: ao réu não se aplica as regras atinentes às testemunhas ou ao perito, por exemplo.

Por primeiro, ao réu, como viu-se, há o direito de silenciar; ainda, que esse silêncio não poderia ser levado em conta em seu processamento e na construção da norma jurídica individualizada: sua sentença. Contudo, o seu direito não pode ser exercido com abuso. Há dever legal de participação do réu em algumas etapas do processo, nas quais se pede participação ativa. A qualificação é uma delas. Não haveria, segundo o Supremo Tribunal Federal, direito ao silêncio quando da qualificação do réu no procedimento penal, haja vista configurar-se abuso do direito. Esse entendimento pode ser retirado do *caput* do artigo 186 do CPP, quando determina que o réu deve ser qualificado.

Na Arguição de Descumprimento de Direito Fundamental 444, o voto do Ministro Luiz Fux concluiu que o ordenamento jurídico brasileiro, o qual acolhe o privilégio da não autoincriminação, não a adota tão amplamente a ponto de permitir ao réu negar-se a contribuir para a sua devida qualificação. Segundo referida argumentação, o acusado que fornece qualificação equivocada para obter vantagem ou prejudicar terceiro pratica crime de falsa identidade previsto no artigo 307 do Código Penal. Além disso, o ministro também reforça que a recusa em fornecer à autoridade dados da própria identidade, estado, profissão, domicílio e residência também configuraria a infração prevista no artigo 68 da Lei de Contravenções Penais. Por fim, Luiz Fux aponta que o interesse público transcenderia a mera frustração da investigação ou processo criminal, na medida em que a tutela penal tem obrigação de evitar a perseguição penal e a condenação de inocentes.

O abuso do direito, um elemento da Teoria Geral do Direito, também se faz presente na Dogmática Penal. O excesso no exercício de ações ou omissões encobertas com as excludentes da ilicitude, conforme prevê o parágrafo único do artigo 23 do Código Penal: uma ilicitude, originada pelo exercício irregular de um direito regular, ou, como defendido, um abuso do direito.

Voltando-se para o objeto do presente trabalho, o silêncio também é um direito, que pertence a uma série de personagens que podem passar pelo procedimento penal: o réu, já citado, é o principal deles; todavia, há outros, como o parente interrogado – que pode silenciar-se –, assim como o profissional que tem dever legal de sigilo, conforme o artigo 207 do CPP. No procedimento penal, o exercício desse direito ao réu é quase absoluto, mas não alcançaria seu dever de cooperação processual, pelo menos no que adere a necessidade processual de normalidade e superação de vícios: uma ilegitimidade passiva, por exemplo, em que se processaria uma pessoa errada.

4. O direito ao silêncio do réu no Sistema Internacional de Direitos Humanos

No Direito Internacional, encontram-se documentos normativos adotados pelo Brasil, e que podem influenciar a construção das normas que comporiam o regime jurídico acerca do direito ao silêncio de um modo diferente àquele entregue pelas regras produzidas pelos órgãos legislativos competentes nacionais.

Por primeiro, uma interessante consideração sobre o direito ao silêncio que o réu tem, no Direito Internacional, é dado pelo Tribunal Penal Internacional (v. ICC-01/12-01/19). Para o tribunal, o exercício do direito do réu em permanecer em silêncio é corolário do privilégio contra a autoincriminação, no qual o acusado tem o direito de permanecer em silêncio e o direito de não ser obrigado a declarar algo – conforme o artigo 67 (1) do Estatuto do Tribunal Penal Internacional.

Do mesmo modo, o Tribunal Constitucional Federal alemão (v. BrV 2.628/10) anunciou que o direito que indivíduos possuem de permanecer em silêncio, somado à proibição de ser obrigado a autoincriminar-se (*nemo tenetur se ipsum accusate*), é uma manifestação natural do manejo básico sob o Estado de Direito, que é guiado pelo respeito à dignidade da pessoa humana. Para o tribunal alemão, o direito de não se autoincriminar é talhado pelo princípio da legalidade e dos direitos de caráter constitucional. Então, para essa corte alemã, as pessoas acusadas de um crime devem ter o direito de decidir, independentemente e sem quaisquer constrangimentos, se elas desejam cooperar com o procedimento criminal e, se assim o decidirem, em qual extensão. Em todo caso, todo réu deve ser instruído sobre seu direito de: ou proferir palavras ou permanecer em silêncio.

Nos Estados Unidos, o direito ao silêncio do réu, no processo penal, também é consagrado (v. 384 U.S. 436. *Miranda v. Arizona*). Os chamados “avisos de Miranda” surgiram originalmente no Processo *Miranda v. Arizona*, caso julgado em 1966 pela Suprema Corte dos Estados Unidos. No procedimento, esse tribunal assevera que o privilégio contra a autoincriminação, que tem um longo desenvolvimento histórico, é o aspecto mais importante do sistema acusatório penal, calcado nas garantias ao direito individual de permanecer em silêncio. Apenas ao réu caberia a escolha de falar, por imperativo exercício de sua vontade.

Sobre o aspecto do direito ao silêncio, em seus diferentes parâmetros, ao longo dos ordenamentos nacionais, é válido o registro de que o Supremo Tribunal Federal (v. Recurso Extraordinário 1.177.984/SP) se dirige a discutir se o Aviso de Miranda, no direito ao silêncio, alcançaria agentes públicos durante procedimentos policiais. Até o momento da conclusão do presente artigo, apenas o ministro relator votou, posicionando-se que a obrigatoriedade de alerta policial sobre o direito de manter-se em silêncio, durante uma abordagem, não está presente no ordenamento jurídico, existindo apenas no interrogatório, durante o processo.

Na África do Sul, por sua vez, seu Tribunal Constitucional (v. CCT 295/20) delimitou didaticamente o exercício do direito. Para esse tribunal (ponto 90 da decisão colacionada), esse direito é dado apenas aos presos e acusados. Para testemunhas, há obrigação de entregar evidências e responder todas as questões legais levantadas, exceto aquelas que possam lhe incriminar.

A Convenção Europeia de Direitos Humanos também consagra o direito ao silêncio. Contudo, sobre o artigo 6 da Convenção, onde se encontra o referido direito, a jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos não o considera como um direito absoluto. No guia sobre o artigo 6 da referida convenção, documento

que não vincula o tribunal, mas que mostra as fundamentações de muitas das mais importantes decisões desse tribunal europeu sobre o direito em análise, é relatado que o silêncio é um direito relativo: se por um lado, a condenação nunca poderia ser única ou principalmente baseada no silêncio do acusado ou na sua recusa de responder a questões sobre ele mesmo; por outro lado, o direito de permanecer em silêncio não poderia impedir que esse exercício – em situações onde claramente pede uma explicação dada pelo réu – seja tomado em consideração, em fundamento para a persuasão por evidências levantadas pela acusação.

Assim, arremata o Tribunal referido que não se poderia dizer que a decisão do acusado em permanecer em silêncio no procedimento nunca teria implicações.

Disso concorrem-se algumas implicações: é preciso distinguir o direito e o seu exercício, das consequências jurídicas de seu exercício.

O ordenamento jurídico brasileiro, como visto, consagrou apenas recentemente que o réu poderia exercer um direito ao silêncio – que, lembre-se, não alcança o seu dever de qualificar-se –, e, somado a isso, o efeito jurídico de que essa opção não será levada em prejuízo dele.

O escopo da Convenção Europeia de Direitos Humanos parece caminhar em outro sentido: consagra, sim, o direito ao silêncio. O guia sobre o artigo 6 da Convenção Europeia sobre Direitos Humanos (p. 41), em seu ponto 4 (direito a permanecer em silêncio e a não se incriminar), c (um direito relativo), 212, faz o alerta. É previsto que, apesar de uma condenação nunca poder se basear apenas no silêncio do acusado, nada no procedimento criminal adotado pela União Europeia garantiria que esse silêncio não terá implicações.

No procedimento 18731/91, caso John Murray v. The United Kingdom, esse mesmo Tribunal Europeu de Direitos Humanos relatou, no ponto 66 da decisão, que o direito ao silêncio do réu é um dos mais importantes no ordenamento aplicado pelo tribunal. Por outro lado, esse tribunal levanta, na sua fundamentação, uma problemática. Durante uma investigação o acusado pode ser confrontado pelo dilema de sua defesa: se ele escolher permanecer em silêncio, inferências contrárias podem ser levantadas contra ele de acordo com as previsões do ordenamento. Por outro lado, o Tribunal Europeu também assevera que se o acusado optar por quebrar o silêncio durante o curso de um interrogatório, ele correria o risco de prejudicar sua defesa sem necessariamente remover a possibilidade de serem levantados indícios contra ele.

O entendimento do tribunal europeu qualifica, assim, o direito ao silêncio como um ônus: um exercício de um ato, dado pela lei, geralmente configurado como ato de defesa, mas que dele pode advir uma situação jurídica prejudicial.

No âmbito europeu, muito do debate escora-se na possibilidade ou não de um exercício do direito ao silêncio importar em prejuízo ao réu no procedimento penal. Os Ordenamentos da Inglaterra e País de Gales, Singapura e em partes da Austrália expressamente permitem retiradas de garantias ou limitações diante do exercício do direito ao silêncio. Em outros sistemas, tanto de *civil law* como *common*

law, incluindo-se o norte-americano, o alemão e o escocês, expressamente proíbem inferências prejudiciais do silêncio do acusado – contudo, acompanhados de exceções. (DALY; PIVATE; MARCHESI; ter VRUGT, 2021, p. 697)

Da pesquisa das autoras, é nítido que não há uma linha absolutamente uniforme, nem mesmo entre os países da União Europeia – que possuem documentos normativos de Direitos Humanos em comum –, além de um tribunal regional sobre Direitos Humanos. Mesmo nesse sistema regional, há diferenças internas.

Ainda no âmbito europeu, o fato de o exercício do direito ao silêncio, pelo réu, ser capaz de prejudicar sua situação jurídica, perante um procedimento penal, leva a que o método inglês de lidar com o silêncio pode ser descrito como um sistema formalizado. Nele, impõe-se o entendimento jurisdicional de que consequências podem surgir de meras evidências. Na Inglaterra e no País de Gales, por exemplo, posições alteradas no sistema de *common law* permitem que o silêncio de um acusado seja usado como evidência pelo órgão de acusação. Isso demonstraria que os entendimentos jurisdicionais inglês e galês caminharam na direção de permissão ao uso do silêncio como indícios de culpa. (HOCKING; MANVILLE, 2001, p. 69)

No âmbito regional americano, a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), em seu artigo 8, 2, g, prevê-se que é direito do réu não ser compelido a testemunhar contra ele mesmo ou a declarar-se culpado. Uma locução que se adequa ao direito de não se autoacusar, no procedimento penal: uma faceta do direito ao silêncio.

Entre os espécimes normativos apresentados, advindos do Direito Internacional, observa-se que o Brasil e sua legislação constitucional e infraconstitucional entregam efeitos jurídicos ao exercício do silêncio de modo bastante paritário ao encontrado internacionalmente. Observa-se, no exercício ao direito ao silêncio, que os elementos normativos advindos do Direito Internacional limitam-se na obrigação do réu em qualificar-se perante o procedimento penal, entendimento corroborado pelo próprio Supremo Tribunal Federal. Por todo o resto, o exercício do direito ao silêncio, no procedimento penal brasileiro, é amplo e entregue ao arbítrio do réu.

Todo esse arcabouço jurisprudencial de tribunais internacionais (ou ainda regionais) mostra que o exercício do direito ao silêncio do réu, no Brasil, ainda que não seja um direito absoluto, mostra-se um pouco mais amplo e protegido que o quadro encontrado no âmbito europeu e no norte-americano.

Por esse entendimento, opta-se na presente pesquisa em não se aprofundar nas permissões e possibilidades constitucionais de admissão de tratados internacionais sobre Direitos Humanos, especificamente pela constatação que o ordenamento jurídico brasileiro trata o réu de modo mais benéfico que aquele apresentado no Direito Internacional; assim, resta à melhor proteção dos direitos e garantias processuais do réu, quanto ao seu direito ao silêncio, que o intérprete nacional valha-se do parágrafo único do artigo 186 do Código de Processo Penal.

5. O direito ao silêncio e suas consequências perante o tribunal do júri

O julgamento perante o tribunal do júri é uma especialidade processual. O instituto guarda algumas peculiaridades, e sobre elas a pesquisa segue delimitada ao seu objeto: o silêncio do réu no procedimento penal e os limites ao exercício desse direito. Nesse capítulo, serão analisadas as consequências do exercício do silêncio, pelo réu, no procedimento do júri.

No procedimento comum, como visto, ao juiz é proibido levar o silêncio do réu em prejuízo de quem está sendo julgado, conforme inovação do parágrafo único do artigo 186, o que afastaria as disposições do artigo 198 do mesmo código.

No procedimento do júri, por outro lado, é necessário seguir algumas especialidades.

Ao júri, há disposições no inciso XXXVIII do artigo 5º da Constituição Federal, garantindo o sigilo dos votos e a soberania dos veredictos. Desse modo, não há garantia legal, em quaisquer níveis de normatividade, constitucional ou infraconstitucional, que o silêncio do réu foi levado em conta, ou não, no voto dos jurados que compuseram o Conselho de Sentença.

Esse entendimento é consagrado doutrinária e jurisprudencialmente.

A fundamentação da decisão, no procedimento comum, garante vinculação entre o relatório, a fundamentação e o dispositivo da sentença: algo que assegura a todos os envolvidos no processo a chance de controle do exercício de jurisdição. Em havendo discrepâncias, omissões, excessos, a sentença é posta em reanálise, podendo ser corrigida, substituída, anulada, a depender do caso.

No júri, por outro lado, tem-se o sigilo da votação: em sendo assim, o silêncio e outras palavras do réu podem – tecnicamente – ser levados em conta na construção do voto dos componentes do Conselho de Sentença. Como a ninguém é dado saber o sentido do voto do jurado, visto que a votação é dada em sala especial, com respostas simplesmente configuradas em *sim* ou *não* aos quesitos, há ampla possibilidade de o silêncio do réu influenciar o entendimento do jurado à orientação de condená-lo. (LIMA, 2020, p. 1.443)

Mesmo com a disposição legal, presente no inciso II do artigo 478 do CPP, asseverando que a parte não poderá fazer referência ao silêncio do acusado, ou à sua ausência no interrogatório, não haveria garantia normativa que esse silêncio praticado pelo acusado, durante o julgamento pelo júri, não será levado em consideração: simplesmente porque se está diante de um sistema de íntima convicção, aplicável ao julgamento pelos jurados do Conselho de Sentença.

Além do sigilo das votações, há a característica da soberania da votação ao Conselho de Sentença: se o sigilo possibilitaria que o silêncio exercido pelo réu, no bojo do procedimento e instrução no júri, fosse levado em conta para a condenação do réu junto ao Conselho, a soberania da votação garantiria que a condenação imposta pelo Conselho, baseada apenas no silêncio, não poderia ser contornada. (LIMA, 2020, p. 1.445)

O sigilo da votação, no júri, traz algumas idiossincrasias, como a desnecessidade de relatório e de fundamentação. Não haveria, assim, como saber a verdadeira razão pela qual se convenceu o corpo de jurados. Com o ato jurisdicional vinculado ao veredito dos jurados, o juiz se obriga diante da livre convicção dos componentes do Conselho de Sentença. (NUCCI, 2016, p. 664) O sigilo das votações, previsto no inciso XXXVIII do artigo 5º da Constituição, faz exceção ao inciso IX do artigo 93, também da Constituição: não há publicidade das razões na decisão proferida pelo Conselho de Sentença, permitindo, assim, que o silêncio do réu seja também considerado, num eventual veredito condenatório. (CAPEZ, 2016, p. 868)

Essa característica do júri – o sigilo do voto – passa a se portar como uma exceção, de caráter constitucional e infraconstitucional. O direito ao exercício do silêncio, por parte do réu, é delimitado pelo procedimento do júri. Defende-se, nessa pesquisa, que o silêncio exercido pelo réu poderá ser considerado contra ele, no julgamento do júri, alcançando, até mesmo, o *status* de base e fundamentação de sua condenação. Essa conclusão alcança-se pelo arcabouço normativo que fundamenta o instituto do júri no Brasil.

Por outro lado, em apelação contra sentença de tribunal do júri, que correu junto ao Tribunal de Justiça do Estado da Bahia (v. Apelação 0.300.085-71.2013.8.05.0088), foi decidido que a atuação do Promotor de Justiça, na qual se vale de digressão opinativa e crítica sobre o exercício do direito do réu em manter-se em silêncio, seria suficiente para determinar a nulidade do julgamento, na medida em que causou prejuízo à defesa.

Segundo o tribunal, mesmo diante da imparcialidade do júri e da plenitude da defesa, ainda assim seria justa e adequada a anulação da sessão de julgamento do tribunal do júri quando há uso de argumento, pela acusação, de artimanhas jurídicas populares. Expressões como *quem cala consente*, usadas diante do referido conselho, poderiam anular o julgamento, segundo o tribunal baiano.

Assim, corroboram-se os limites investigados no capítulo: os jurados que compõem o Conselho de Sentença estão permitidos e livres para levar em consideração o silêncio do réu interrogado, para julgá-lo culpado. Isso se dá, simplesmente, pelo fato de que esse uso será estritamente mental, não materializado e, ainda, não usado em fundamentação: haja visto o sistema de íntima convicção do Conselho de Sentença. Algo que torna impossível o controle, seja pelo juiz presidente do Conselho de Sentença, seja em eventual apelação, por eventual nulidade, a ser analisada pela segunda instância. Por outro lado, ao órgão acusador não é admitido argumentar fazendo-se uso do silêncio do réu, conforme o inciso II do artigo 478 do Código de Processo Penal, como visto acima.

Essa problemática, entre o exercício do direito ao silêncio, por parte do réu, de um lado; e a garantia que esse silêncio não será levado em conta, contrariamente a ele, como visto, encontra um campo crítico no procedimento do júri: não há fundamentação dos votos, que garanta que o silêncio exercido foi motivo da condenação, ou mesmo da absolvição. No Superior Tribunal de Justiça (v. *Habeas Corpus* nº 355.000/SP), tentou-se dar uma solução: quando a acusação menciona o silêncio exercido pelo réu, no júri,

com o intuito de prejudicá-lo, só será possível anular o procedimento com a prova de que o tema foi explorado, e não apenas mencionado. Esse entendimento alinha-se à problemática levantada no presente capítulo, haja vista que a votação do Conselho de Sentença é soberana e secreta, não sendo materialmente possível saber se, com o silêncio exercido, pelo réu, e que foi ilegalmente explorado pela acusação, diante dos jurados, foi esse silêncio considerado ou não nos votos.

O silêncio do réu, assim, encontra uma falha conceitual em seu leque de proteção: o julgamento diante do Conselho de Sentença, no tribunal do júri. Aqui, por força constitucional, não há como garantir que seu silêncio será um direito. Será, julga-se, assim, um ônus, um exercício garantido na lei, mas que o mesmo ordenamento jurídico permite que haja consequências, como uma consideração em prejuízo, ou mesmo a própria condenação, em virtude do exercício desse silêncio.

6. Considerações finais

O instituto jurídico do silêncio do réu, no processo penal, é um direito garantido. Possui caráter constitucional e ainda infraconstitucional no Brasil.

No capítulo 1, observou-se que as previsões legais encontradas no inciso LXIII do artigo 5º da CF88, combinadas com parágrafo único do artigo 186 do CPP, pela inovação da Lei nº 10.792 de 2003, elevam o exercício do direito ao silêncio, por parte do réu, no procedimento penal, a um direito previsto constitucional e legalmente, e de onde dele não se imporia ônus.

Como faceta do direito a não se autoincriminar, ou *nemo tenetur se detegere*, restaria revogado o artigo 198 do código procedimental, não se adotando, no presente capítulo, qualquer critério de especialidade que enseje a vigência desse artigo frente à inovação do parágrafo único do artigo 186.

No capítulo 2, delimitou-se o exercício do direito ao silêncio, utilizando-se de estudos sobre o abuso do direito advindos da Teoria Geral (Direito Civil), e, especialmente, da Teoria Geral do Direito Penal. Nesse ponto, observou-se que são traçados, doutrinária e jurisprudencialmente, limites ao exercício do direito que o réu tem de se silenciar, durante o procedimento.

Apurou-se, assim, que sua qualificação não está abrangida pelo direito objeto da pesquisa: ao réu seria obrigatório atuar ativamente para fazer-se qualificado, haja vista que isso evitaria processos injustos, nulidades processuais, custos processuais desnecessários.

Também se observou que, junto ao Supremo Tribunal Federal, o direito ao silêncio, no processo penal, não alcançaria um suposto direito de mentir no procedimento. Para Luiz Fux, a tipologia penal do crime de falsa identidade, previsto no Código Penal, seria um exemplo dos limites existentes à atuação do réu, no procedimento penal.

No capítulo 3, a presente pesquisa adentrou em documentos da normatividade internacional. No capítulo, observou-se que os parâmetros de proteção do réu, no Direito Internacional, entregam quase o mesmo escopo daquilo encontrado no direito brasileiro. Há algumas discrepâncias, quando a Convenção Europeia sobre Direitos Humanos confere o direito de não fornecer nem mesmo a qualificação, como um modo de regularizar o processo; por outro lado, o documento e o Tribunal Europeu de Direitos Humanos asseveram que esse silêncio é relativo: não poderia garantir sozinho uma condenação, mas é admitido que seja levado em conta prejudicando a situação do réu.

De modo diferente, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos consagra, sem exceções, o direito a não se autoacusar, corroborando aquilo entregue pelo direito brasileiro.

Deste modo, opta-se, na presente pesquisa, em não aprofundar técnicas legais e jurisprudenciais sobre introdução de normas advindas do direito internacional, haja vista que o presente quadro nacional sobre o direito ao silêncio exercido pelo réu, no procedimento penal, entrega proteção maior que aquilo encontrado no âmbito regional e no âmbito internacional.

No capítulo 4, a pesquisa procurou responder sobre os limites normativos do exercício do direito ao silêncio no procedimento do tribunal do júri. Para isso, buscou aspectos normativos e doutrinários do instituto. Nesse ponto, as garantias constitucionais do livre convencimento desmotivado (ou íntima convicção), a soberania dos veredictos e ainda a garantia do segredo dos votos demonstraram que o instituto do tribunal do júri é uma exceção ao exercício do direito ao silêncio por parte do réu, no ordenamento jurídico brasileiro. No procedimento do júri, o silêncio torna-se um ônus, uma escolha que pode trazer consequências jurídicas capazes de alcançar uma condenação: algo que não pode ser controlado, simplesmente por faltar-lhe justificativas e fundamentações escritas ou faladas para os votos do Conselho de Sentença. O silêncio do réu não se sustenta, assim, no procedimento do júri, como um direito; será, então, um ônus.

Ademais, a tentativa legal de proibir técnicas de acusação que se valham do exercício do direito do réu de manter-se em silêncio, no procedimento do júri, não conseguem impedir, por todo o acima exposto, que esse mesmo silêncio seja usado pelos jurados para a condenação: repita-se, no júri segue-se o sistema de íntima convicção não motivada.

Deste modo, ao réu é garantido o exercício do silêncio, no procedimento comum, como um direito. Sobre ele não poderá o juiz produzir considerações normativas desfavoráveis, por previsão do artigo 186 do Código de Processo Penal.

Por outro lado, esse direito não é garantido no procedimento do júri, haja vista as disposições do inciso XXXVIII do artigo 5º da Constituição Federal, listadas como a soberania dos veredictos, o sigilo dos votos, o livre convencimento, a falta de fundamentação e, portanto, a falta de controle possível sobre a lógica meritória do

voto dos jurados pela condenação: algo que torna possível a consideração do silêncio do réu como razão do voto nesse sentido.

Referências

ÁFRICA DO SUL. Tribunal Constitucional da África do Sul. *Processo CCT 295/20*. Secretaria de Inquérito Judicial v. Jacob Gedleyihlekisa Zuma. Relator: Jafta J. Julgado em 28 de janeiro de 2021. Disponível em: <http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2021/2.pdf>. Acesso em: 11 ago. 2022.

ALEMANHA. Tribunal Federal Alemão. *Processo 2 BvR 2628/10*. Segunda Câmara. Juiz VoBkuhle (presidente); Juiz Lübbe-Wolff; Juiz Gerhardt; Juiz Landayl; Juiz Huber; Juiz Hermanns; Juiz Müller; Juiz Kessal-Wulf. Julgado em 19 de março de 2013. Disponível em: https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2013/03/rs20130319_2bvr262810en.html. Acesso em: 11 ago. 2022.

BAHIA. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Apelação 0.300.085-71.2013.8.05.0088. Julgado em 16 de junho de 2018. Publicado em 22 de maio de 2019. *Segredo de Justiça*. Disponível em: <http://esaj.tjba.jus.br/cpogp/show.do?processo.codigo=2G000002I0000&processo.foro=88#liberarAutoPorSenha>. Acesso em: 11 ago. 2022.

BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. 9ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva Educação, 2020.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal: Parte Geral*. Vol. 1. 26ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva Educação, 2020.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. In: *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. In: *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 31 dez. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 11 ago. 2022.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. In: *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 13 out. 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 11 ago. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus N° 355.000-SP*. Sexta Turma. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz. Julgado em 13 de agosto de 2019. Publicado em: 27 de agosto de 2019. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=99753379&num_registro=201601126216&data=20190827&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 11 ago. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus 79.589-7 – DF*. Pleno. Relator: Ministro Octávio Gallotti. Julgado: 5 de abril de 2000. Publicado em 6 de outubro de 2020.

Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur20496/false>. Acesso em: 11 ago. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Análise sobre a constitucionalidade do crime de fuga do local do acidente de trânsito, previsto no artigo 305 do Código de Trânsito Brasileiro. Recurso Extraordinário 971.959 – Rio Grande do Sul. Pleno. Relator Ministro Luiz Fux. 14 de novembro de 2018. Publicado em 31 jul. 2020. *Diário Oficial de Justiça*. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=11999436>. Acesso em: 11 ago. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Acórdão da ADPF que reconhece que o réu não tem o direito de não fornecer sua qualificação*. Arguição de Descumprimento de Direito Fundamental 444 – Distrito Federal. Pleno. Relator Gilmar Mendes. Julgado em 16 de junho de 2018. Publicado em 22 de maio de 2019. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur404263/false>. Acesso em: 11 ago. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 1.177.984 – São Paulo*. Pleno. Relator Edson Fachin. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5595837>. Acesso em: 16 ago. 2022.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 23ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2016.

DALY, Yvonne; PIVATY, Anna; MARCHESI, Diletta; VRUGT, Peggy ter. Human Rights Protections in Drawing Inferences from Criminal Suspects' Silence. In: *Human Rights Law Review*, 2021, vol. 21, 3ª ed., setembro, p. 686-723. Oxford University Press.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte dos Estados Unidos. *Processo 384 U.S. 436*. Miranda v. Arizona. Julgado em 13 de junho de 1966. Relator Juiz Warren. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/384/436/>. Acesso em: 11 ago. 2022.

FUCCIA, Eduardo Velozo. Júri é anulado após promotor criticar silêncio de réu e fazer apartes infundados. 2 de agosto de 2021. *Portal Consultor Jurídico*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-ago-02/juri-anulado-bahia-promotor-criticar-silencio-reu>. Acesso em: 16 ago. 2022.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. 19ª ed. Niterói: Ed. Impetus, 2017.

HOCKING, Barbara Ann; MANVILLE, Laura Leigh. What on the Right to Silence: Still Supporting the Presumption of Innocence, or a Growing Legal Function? In: *Macquarie Law Journal*, 2001, vol. 1, n. 1, p. 63-92.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal: Volume único*. 8ª ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira. II. Limitações aos Direitos Fundamentais. p. 156-211. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 15ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 15ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2016.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)*. Disponível em: http://www.oas.org/dil/treaties_B-32_American_Convention_on_Human_Rights.htm. Acesso em: 11 ago. 2022.

PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 21ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2017.

STRECK, Lênio Luiz. Tribunal do Júri. p. 408-415. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lênio Luiz (Coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. 2ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva Educação, 2018. (Série IDP)

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal*. 12ª ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2017.

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL. *Processo ICC-01/12-01/18*. Juiz Antoine Kesia-Bem Mindua (presidente); Juiz Tomoko Akane; Juiz Kimberly Prost. Julgado em 10 de setembro de 2021. Publicado em: 22 de setembro de 2021. Disponível em: https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2021_08206.PDF. Acesso em: 11 ago. 2022.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal Europeu de Direitos Humanos. *Convenção Europeia de Direitos Humanos*. Disponível em: https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf. Acesso em: 11 ago. 2022.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal Europeu de Direitos Humanos. *Guia sobre o artigo 6 da Convenção Europeia de Direitos Humanos*. Disponível em: https://www.echr.coe.int/documents/guide_art_6_criminal_eng.pdf. Acesso em: 11 ago. 2022.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal Europeu de Direitos Humanos. *Processo 18731/91*. Caso John Murray v. The United Kingdom. Pleno. Rolv Ryssdal (presidente). Julgado em 8 de fevereiro de 1996. Publicado em 8 de fevereiro de 1996. Disponível em: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-57980%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-57980%22]}). Acesso em: 11 ago. 2022.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito Civil: Parte Geral*. 17ª ed. São Paulo: Ed. Atlas, 2017.