

---

# Notas sobre o interrogatório no processo crime eleitoral e a cláusula constitucional do direito ao silêncio

**Antônio Carlos Mathias Coltro**

Juiz do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo; juiz do Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo, de 1990 a 1993; professor da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e da Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo; membro da Academia Paulista de Magistrados, da Academia Paulista de Direito e do Conselho Superior do Instituto das Nações Unidas para Defesa dos Direitos Humanos e Prevenção da Delinquência; sócio do IBDFAM-SP e do IASP; mestrando na PUC-SP

## Sumário

1. A título introdutório;
2. O depoimento pessoal, na verdade interrogatório, e o direito ao silêncio;
3. Conclusão.

### 1. A título introdutório

*“Esta Constituição é a minha bíblia jurídica; o seu plano de governo, o meu plano de governo; e o seu destino, o meu destino. Prezo cada uma das suas palavras, da primeira à última, e deploro, pessoalmente, o mínimo desvio dos seus menos importantes ditames.” (Hugo Lafayette Black, Juiz da Suprema Corte dos Estados Unidos da América do Norte).*

1. Ao contrário do que determina o Código de Processo Penal como regra de ordem geral e no tocante ao interrogatório do acusado, que tem como ato necessário e que integra o devido processo penal, segundo o teor do *caput* de seu artigo 185,<sup>1</sup> não dispunha da mesma forma o Código Eleitoral, no tocante ao processo inerente aos crimes a que se refere.

Assim, e segundo o artigo 359, na redação anterior à da Lei nº 10.732, de 5/9/2003, do código por último citado, em se cuidando de ação penal por delito eleitoral: “Recebida a denúncia e citado o infrator, terá este o prazo de 10 (dez) dias para contestá-la, podendo juntar documentos que ilidam a acusação e arrolar as testemunhas que tiver”, parecendo, ante o teor do dispositivo referido, que inexistia qualquer violação ao princípio do devido processo legal ou da ampla defesa, uma vez que enquanto nos delitos cujo processo segue rito previsto no Código de Processo Penal o acusado é citado para os termos da ação penal e designada, desde logo, a data para o interrogatório, no caso dos crimes eleitorais, o denunciado era instado a defender-se em dez dias, sendo que, tanto em um quanto em outro dos casos (interrogatório ou defesa escrita) poderia ele apresentar os argumentos que tivesse, fossem em prol de sua defesa ou não, conforme seu advogado e o próprio acusado entendessem ser ou não o caso.

O próprio autor deste trabalho, como juiz do Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo, manifestou entendimento dirigido à desnecessidade do interrogatório, na ação penal por delito eleitoral, ante os termos do artigo 359 do Código Eleitoral, orientação, que, aliás, se afinava com precedentes já manifes-

---

1. Artigo 185. O acusado que comparecer perante a autoridade judiciária, no curso do processo penal, será qualificado e interrogado na presença de seu defensor, constituído ou nomeado.



tados acerca do tema, além de outros que a eles se seguiram, inclusive do Colendo Tribunal Superior Eleitoral, como se pode verificar na obra *Legislação Eleitoral Interpretada – Doutrina e Jurisprudência*, de Rui Stoco e Leandro de Oliveira Stoco,<sup>2</sup> alterando, depois, seu pensamento, segundo as razões que em seguida são expostas.

2. Efetivamente e muito embora fosse possível entender-se, a um primeiro contato com o regramento a respeito existente no Código Eleitoral, mais especificamente no referido artigo 359, que a possibilidade de oferecimento de defesa escrita pelo acusado afastasse eventual descumprimento às cláusulas constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa, o exame do tema mediante cotejo com o Código de Processo Penal, no que dispõem seus artigos 185 e 395, indica solução outra.

É que consoante emerge do artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal, “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”, aludindo o inciso LIV do mesmo dispositivo, a que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, garantidos em tais disposições, como se percebe e em moldura constitucional, tanto os princípios da ampla defesa, quanto o da necessidade de observância ao processo fixado em lei.

Ante a importância de uma e outra de tais cláusulas, a interpretação de ambas há que ser elaborada segundo limites em que predomine a preocupação com um entendimento mais extensivo que restritivo, do que resulta, como corolário e segundo o que ora se expõe, entendimento no sentido da necessidade tanto da possibilidade de ser oferecida a defesa escrita a que se refere o Código Eleitoral, quanto do interrogatório, no processo por crime eleitoral.

3. Com efeito e se o próprio Código de Processo Penal determina que se proceda ao interrogatório do acusado, sem prejuízo de ensejar-se-lhe, depois, a oportunidade para a defesa prévia, sendo o primeiro ato de excelsa importância, já que e inclusive como colocado por Francisco Campos na Exposição de Motivos do referido Código, possibilita o contato mais próximo do juiz com o acusado, subsidiando-lhe o convencimento que no final chegue acerca do fato a ele imputado e as conseqüências decorrentes, tanto no que toca à realidade da acusa-

ção, em confronto com os demais elementos de prova que sejam produzidos, como no pertinente ao sancionamento que se imponha ao processado, de igual forma se haverá considerar no tocante ao processo eleitoral, ensejando-se ao acusado não só a oportunidade de ofertar a defesa escrita, como a de ser interrogado.

Note-se que nesse ato poderá o acusado apresentar o que tenha em sua defesa, havendo quem afirme, mesmo, constituir-se o interrogatório em “em única e exclusivamente meio de defesa, nada mais que tal”, como feito por Jorge Alberto Romeiro,<sup>3</sup> ainda que advertindo, no início dos comentários feitos a respeito do tema, considerar tal ato “*de iure constituendo*, não mais ser um exclusivo meio de defesa (...), mas também uma preciosa fonte de provas”,<sup>4</sup> quanto a que não há divergência da parte de Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho.<sup>5</sup>

Como escrito por Pontes de Miranda, ainda que nos seus Comentários à Constituição de 1967,<sup>6</sup> mas perfeitamente aplicáveis à de 1988, “o conceito de defesa não é deixado inteiramente à lei. A lei tem de ser concebida de modo tal que nela se assegure a defesa, a que se refere o princípio. Existe, porém, conceito *a priori* de defesa, pelo qual se tenha de moldar a defesa organizada pelas leis processuais? Tal conceito não existe; mas existe algo de mínimo, aquém do qual não mais existe a defesa. É interessante meditar-se sobre esse ponto que leva os tribunais, na apreciação da constitucionalidade das leis processuais penais, à verificação *in casu*, diante dos textos, da violação, ou não violação, do que se prometeu na Constituição”.

E nela, de forma clara e a não render ensanchas à dúvida, consta expressamente, como antes aludido e no artigo 5º, inciso LV, que, “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”,

2. São Paulo, Ed. RT, 2004, pp. 676/679.

3. *Elementos de Direito Penal e Processo Penal*, São Paulo, Saraiva, 1978, p. 99.

4. *Ob. cit.*, p. 75.

5. *As nulidades no processo penal*, São Paulo, Ed. RT, 1994, p. 71, nº 4.

6. São Paulo, 2ª ed. Ed. RT, tomo 5, p. 234.



consagrado, em toda sua plenitude, como se verificava, o postulado da ampla defesa.

Para o exercício dessa mesma defesa, indubitavelmente, há que se ter como de rigor a necessidade de – inclusive por força do artigo 364 do Código Eleitoral, onde se determina que “no processo e julgamento dos crimes eleitorais e dos comuns que lhes forem conexos, assim como nos recursos e na execução que lhes digam respeito, aplicar-se-á, como lei subsidiária ou supletiva, o CPP” – determinar-se o interrogatório do denunciado, medida que, na esteira de brilhante voto proferido pelo então juiz do Tribunal Regional Eleitoral da 3ª Região, com sede em São Paulo, Manuel Alceu Affonso Ferreira, tem-se como “ato integrante da plenitude de defesa que a Constituição elevou ao plano de garantia imposterável (...)”.<sup>7</sup>

Reconhecendo-se a necessidade de ser o acusado ouvido, sobreveio a Lei nº 10.732, de 5/9/2003, alterando a redação do artigo 359 do Código Eleitoral e determinado que “recebida a denúncia, o juiz designará dia e hora para o depoimento pessoal do acusado”, o que e embora não utilizada a forma correta, que seria a do “interrogatório pessoal do acusado”, permite atingir-se o fim a que ele se destina, resolvida com isto, e de qualquer forma, a dúvida que antes pairava quanto à necessidade ou não ser o acusado pela prática de crime eleitoral interrogado.

## 2. O depoimento pessoal, na verdade interrogatório, e o direito ao silêncio

“Nenhuma pessoa ... será compelida, em qualquer processo criminal, a ser testemunha contra si mesmo” (Constituição dos EUA).

4. Em nosso sistema constitucional de hoje tanto a privacidade como a intimidade são protegidas no artigo 5º, incisos X e LXIII, da Carta Constitucional, pontuando, a respeito, o Professor José Afonso da Silva: “O direito à intimidade é quase sempre considerado como sinônimo de direito à privacidade. Esta é uma terminologia do direito anglo-americano (*right of privacy*), para designar aquele, mais empregada no direito dos povos latinos. Nos termos da Constituição, contudo, é plausível a distinção que estamos fazendo, já que o inciso X do artigo 5º separa a intimidade de outras manifestações da privacidade: vida privada, honra e imagem das pessoas”<sup>8</sup>

Indubitável, como advertido pela Professora Ada Pellegrini Grinover, conforme, aliás, o já referido por García Medina e embora Musati o considere como antecedente à própria personalidade e à capacidade jurídica<sup>9</sup> – que o direito à intimidade deva ser tido como integrante dos direitos da personalidade, em múltipla feição –,<sup>10</sup> afirmando-se o inserido entre *os direitos de primeira geração*, suscetível de oposição ao próprio Estado,<sup>11</sup> a quem cabe, de outra parte, garanti-lo, pois, “a Constituição criou uma ordem de valores que encontra seu ponto central na personalidade do homem”, como avisado por Franco Bartolomei, citado pela Professora Maria Garcia.<sup>12</sup>

Por isso e segundo Mathilde Zavala de Gonzales, invocada por Wolgran Junqueira Ferreira, “*el derecho a la intimidad es el derecho personalissimo que protege la reserva espiritual de la vida privada del hombre, asegurando el libre desenvolvimiento de este en lo personal, en sus expresiones y en sus afectos*”.<sup>13</sup>

À conta de sua importância e da oponibilidade ao Estado, os direitos de liberdade ou, como dito, de primeira geração, são incluídos por G. Jellinek como integrando a categoria do *status negativus*, servindo a indicar “na ordem dos valores políticos a nítida separação entre a sociedade e o Estado. Sem o reconhecimento dessa separação, não se pode aquilatar o verdadeiro caráter antiestatal dos direitos da liberdade, conforme tem sido processado com tanto desvelo teórico pelas correntes do pensamento liberal de teor clássico”.<sup>14</sup>

Ou, de acordo com Javier García Medina, com referência ao sistema constitucional de Espanha, mas que se pode levar em consideração no tocante

7. Rec. nº. 95.169.

8. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 1990, p. 184.

9. *Apud* Maurício Benevides Filho, trab. cit.

10. *Liberdades Públicas e Processo Penal*, 1982, pp. 72 e segs., nº 2.1.1.2.

11. Maurício Benevides Filho, reportando-se a Paulo Bonavides, artigo ref. nº 12.

12. *Loc. cit.*

13. *Direitos e garantias ...*, cit., p. 168.

14. Benevides Filho, *Direito à intimidade e o proceso de investigação...*, cit.



ao nosso, deve-se advertir que a intimidade se caracteriza por ser um direito em que há carga de *negatividade*, já que uma de suas características é justamente a possibilidade “*de exclusión que el individuo tiene para preservar contidos de su vida íntima, dado que pertenecen al ámbito de sus zonas privadas. En consecuencia, la intimidad se construye desde una óptica esencialmente negativa, no confirándose un contenido autónomo. Desde esta perspectiva la intimidad aparece como el límite a otros derechos, el ámbito al que nadie puede acceder sin la voluntad del próprio sujeto. De ahí que la intimidad sea obstáculo a los poderes del Estado, contituyéndose em garantía de los derechos fundamentales y en una limitación de aquellos frente a los derechos y libertades individuales*”.<sup>15</sup>

E, se “*sólo al ciudadano pertenece su vida privada, y sólo cuando a él le interese podrá hacerse pública, com un derecho de exclusión sobre su conocimiento*”,<sup>16</sup> evidencia-se, pois, o direito ao silêncio, como incluído no direito à intimidade, em uma de suas várias manifestações (direito à imagem, à inviolabilidade do domicílio, sigilo de correspondência etc.) e inerente ao próprio devido processo legal (*due process of law*), e ao princípio da presunção de inocência.<sup>17</sup>

Nesta altura surge ao intérprete, a indagação sobre se o *dever moral* de falar a verdade ou o *dever de veracidade* a que aludiu Carnelutti, bem como o próprio *interesse social* não sofrem afronta da norma constitucional possibilitadora do silêncio, que se traduziria, então, em verdadeiro paradoxo.

Se, no âmbito do Direito Civil é possível asseverar que o silêncio seja apto a produzir efeitos jurídicos contrários àquele que o adota,<sup>18</sup> no âmbito do Direito Constitucional Processual Penal diversa conclusão se impõe, arredada consideração ética ou moral segundo o antes referido.

Desde o princípio do *privilege against self-incrimination*, inserido em 1641 no *Estatuto de Carlos I*, passando pelo *Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos* aprovado pela ONU em 16/12/1966, em que afirmado no artigo 14 o direito de o cidadão “não ser constrangido a depor contra si mesmo ou a confessar-se culpado” e até a Convenção Americana sobre Direitos Humanos consubstanciada no *Pacto de São José da Costa Rica* (art. 8º, inciso II, alínea g), em que reconhecido a

qualquer pessoa o “direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada”, verifica-se a força da regra do *nemo tenetur se accusare*.

Pareça embora que a verdade se constitua em interesse do acusado, no exercício de sua defesa, caracterizando verdadeiro *onus*, adverte Ada Pellegrini Grinover que a idéia de levar-se o silêncio como indício de culpa já não tem suporte a mantê-la, observando: “Altavilla, Grassberger, Hellwig e Gorphe demonstram que razões imprevisíveis podem induzir ao silêncio o inocente, sendo freqüente esse procedimento para encobrir outras pessoas. E não há dúvidas de que o juiz não pode fundar seu convencimento em elementos retirados do comportamento processual do réu; daí para o arbítrio o passo é breve”.<sup>19</sup>

Ademais, não se pode considerar o silêncio como sinônimo de falta ou ausência de defesa, até porque, “de parte ser um direito da personalidade, da intimidade do réu, o silêncio pode resolver-se simplesmente no direito de construir desde logo um vetor de defesa, sem compromisso com a palavra, ou com a contradição do indiciado-réu, especialmente quando não há, ainda, um esboço de prova”, segundo David Teixeira de Azevedo,<sup>20</sup> advertindo para o fato de ser “a esfera da intimidade ...essencial ao sujeito como atributo inderrogável de sua personalidade”, pertencendo “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

15. *La problemática...*, cit.

16. García Medina, loc. ref.

17. Ada P. Grinover: “...por direito à intimidade, genericamente, entendemos quer o direito ao segredo, quer o direito à reserva e que se trata de direito integrante da categoria dos direitos da personalidade” (*Liberdades Públicas...*, cit., p. 77).

18. Cf., a respeito, *Da Efficacia Jurídica do Silêncio*, Lino Moraes Leme, 1933 e “O silêncio no Direito”, de Baptista de Mello, na *Revista dos Tribunais*, vol. 105, pp. 3 e segs.

19. *Ciência Penal*, 1976, nº 1, pp. 15/31.

20. “O interrogatório do réu e o direito ao silêncio”, *Revista dos Tribunais*, vol. 682, pp. 85 e segs.



perante as coisas, os homens, o universo, dentro de sua *Weltanschauung*”.<sup>21</sup>

Cabe, aqui, retornar ao antes referido precedente de nossa Suprema Corte e à admoestação feita por seu eminente relator, no sentido de que o quadro de liberdades públicas enunciado na Carta Fundamental indica direitos “que impõem limites bem definidos ao campo de desenvolvimento da atividade persecutória do Estado. Traduzem, na realidade, círculos de imunidade que conferem tanto ao indiciado quanto ao acusado proteção efetiva contra a ação eventualmente arbitrária do poder e de seus agentes”.

Cabe lembrar, em acréscimo, não existir, em nossa Lei Penal, disposição afirmando constituir-se crime o faltar o acusado com a verdade, ainda que na anterior Constituição inexistisse ressalva validando ou possibilitando o silêncio daqueles a quem se imputasse ou se suspeitasse a prática de delito, embora ressalvas existissem, anteriormente, quanto ao dever dos que omitissem-na.

De qualquer forma e sob o prisma do Direito Constitucional Brasileiro, novo rumo passou a dever-se adotar a partir de 1988 implicando, mesmo, nova leitura do assunto, no que toca às conclusões a serem extraídas do desejo de o acusado calar-se.

Antes mesmo da Constituição Federal ora vigente, haver-se-ia que maximizar, de forma coerente, a moldura das liberdades públicas, garantindo ao cidadão o exato cumprimento do devido processo legal e, conforme uma vez mais advertido pela Professora Ada Pellegrini Grinover, se através do interrogatório “o juiz pode tomar conhecimento de

notícias e elementos úteis para a descoberta da verdade; ... não é para esta finalidade que o interrogatório está preordenado. Como aponta Grevi, o interrogatório pode constituir fonte de prova, mas não meio de prova: não está ordenado *ad veritatem quaerendam*”.<sup>22</sup>

De se acrescentar, ademais, constituir ele *meio de defesa*, já que por seu intermédio poderá o acusado, se quiser ou for de interesse seu, fornecer elementos que se prestem à formação do juízo acerca da autoria do fato que lhe é imputado ou circunstâncias outras a ele referentes.

Se, como visto, criticado já era o sistema dirigido a valorar-se contrariamente ao acusado seu silêncio,<sup>23</sup> tem-se, com a nova Carta Fundamental como inadmissível considerar-se qualquer consequência contrária ao acusado, na formação do convencimento judicial, por conta de sua opção pelo silêncio, atentando Rogério Lauria Tucci, quanto a tal conduta, não poder ela “importar desfavorecimento do imputado, até mesmo porque consistiria inominado absurdo entender-se que o exercício de um direito, expresso na Lei das leis como fundamental do indivíduo, possa acarretar-lhe qualquer desvantagem”.<sup>24</sup>

Nesse rumo, aliás, decidiu o Colendo Supremo Tribunal Federal, em julgamento relatado pelo Ministro Ilmar Galvão, cuja ementa contém assertiva, sem ressalvas, de que “o acusado tem o direito de permanecer em silêncio ao ser interrogado, em virtude do princípio constitucional, *nemo tenetur se detegere* (art. 5º, LXIII), não traduzindo esse privilégio auto-incriminação”,<sup>25</sup> observando o Professor Celso Bastos, desde logo, que a Constituição Federal de 1988 tornou sem efeito a ressalva do artigo 186 do Código de Processo Penal.

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

O processo é integrado por princípios de natureza *ética*, cabendo àqueles que o realizam respeitar toda e qualquer cláusula a ele concernente e, quando as mesmas tenham característica constitucional, sua violação enseja afronta à garantia fundamental do *due process of law*, cuja origem é verificada na *Magna Charta Libertatum* de João Sem Terra, onde se afirmou que ninguém poderia perder a vida, propriedade ou liberdade, sem que tal ocorresse *per*

21. *Mmo. Loc.*

22. “O interrogatório do réu e o direito...”, cit.

23. Afirmava então, a Professora Ada Pellegrini: “O retorno ao direito ao silêncio, em todo seu vigor, sem atribuir-se-lhe nenhuma consequência desfavorável, é uma exigência não só de justiça, mas sobretudo de liberdade. O único prejuízo que do silêncio pode advir ao réu é o de não utilizar a faculdade de autodefesa que se lhe abre através do interrogatório. Mas quanto ao uso desta faculdade, o único árbitro deve ser sua consciência, cuja liberdade há de ser garantida em um dos momentos mais dramáticos para a vida de um homem e mais delicados para a tutela de sua dignidade.” (“O Interrogatório do réu...”, cit.).

24. *Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro*, 1993, p. 396.

25. *Revista dos Tribunais*, vol. 748, pp.563 e segs.



*legem terrae* ou conforme a *lei da terra* (*law of land*), passando a regra a abranger, a partir de Eduardo III, determinados direitos, garantias e procedimentos e vindo a ser reforçada, com Carlos I, por meio da *Petition Rights*.

Assim, a expressão *due process of law* acaba por ser adotada, com o mesmo significado de *buy the law of land*, traduzindo-se em postulado que acaba por ser inserido na Constituição Norte-Americana de 1787 e na própria Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Nossa Constituição Federal o contém em seu artigo 5º, inciso LIV, estabelecendo que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, enunciando, pois e desde logo, a impossibilidade de processo sem observância das regras a ele próprias, espaço em que se há considerar tanto aquelas de Direito Processual e constantes nos Códigos próprios, como e também aquilo que consistir em princípios aplicáveis ao processo e constantes na Constituição Federal, já que, conforme Roberto Rosas, contém ela disposições processuais ou que garantem o processo, constituindo-se na “matriz da qual surgem princípios e institutos de direito processual chamado Direito Processual Constitucional individual, norma de direito processual que, por seu caráter de fundamentalidade na disciplina do processo, tem encontrado colocação na carta constitucional”.<sup>26</sup>

Objetiva o princípio impedir qualquer agressão ou restrição ao direito da parte, acobertando-a tanto em sua liberdade pessoal, como no direito de propriedade, aspecto em que assume natureza material, atuando, no âmbito processual, como resguardo aos litigantes ou acusados, de sorte a assegurar-lhes paridade total de condições frente uns aos outros ou perante o Estado persecutor, traduzindo, ainda segundo Roberto Rosas, em “uma garantia político-constitucional do indivíduo. É um meio técnico de que a lei se vale para a condução do processo e garantir os fins da justiça”.<sup>27</sup>

Descabido se torna, portanto, considerar que a cláusula do *silêncio* possa ser interpretada à luz do princípio do livre convencimento judicial e mesmo como acréscimo às demais provas produzidas em ação penal, pois e como referido não se constitui o interrogatório em meio de prova e “o juiz forma seu livre convencimento única e exclusivamente com base na prova carreada aos autos, obedecendo ao

método probatório”, como lecionado por Ada Pellegrini Grinover,<sup>28</sup> lembrando, ainda, ser necessário que esse convencimento seja motivado, não se prestando, assim e como lógico, a conduta do acusado, – ainda que como argumento – a firmar a certeza necessária ao juiz, até porque “o acusado, sujeito da defesa, não tem obrigação nem dever de fornecer elementos de prova. Ainda que se quisesse ver o interrogatório como meio de prova, só o seria em sentido meramente eventual, em face da faculdade de o acusado não responder”.<sup>29</sup>

Conclusão diversa conduziria a admitir-se – em franca contradição ao direito do acusado e ao preceito constitucional a esse respeito – ser o indivíduo prejudicado pelo exercício de direito a ele conferido, viciado, de maneira clara e portanto, o próprio contraditório e, como consequência, o devido processo legal e a presunção de inocência.

Como, perante princípio tão amplo, guardado pela Lei Fundamental, admitir-se a vigência de restrição processual ao direito de calar, processualmente estabelecida anteriormente e que prestar-se-ia a limitar a utilização daquele outro, que se insere, conforme antes mencionado, no próprio postulado do *due process of law*, que integra a Declaração Universal dos Direitos do Homem, patrimônio não deste ou daquele povo e, sim, da humanidade e que já foi considerado como de árdua definição, por ter-se-a como possível causa de comprometimento à própria elasticidade de seus contornos?

De se referir, neste passo, José Joaquim Gomes Canotilho, para quem, “os direitos fundamentais não sujeitos a normas restritivas não podem converter-se em direitos com mais restrições do que os direitos restringidos directamente pela Constituição ou com a autorização dela”,<sup>30</sup> devendo, assim, ser considerados como defesa à própria dignidade do ser humano, sobre o que, inclusive, é oportuna a ressalva de Kant, evocada por Jorge Miranda: “No reino dos fins, tudo tem um preço ou uma dignidade.

26. *Direito Processual Constitucional*, 1997, p. 12.

27. *Op. cit.*, p. 48.

28. “O interrogatório do réu e o direito”, *ob. cit.*

29. Ada P. Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho, *As Nulidades no Processo Penal*, 1994, p. 70.

30. *Direito Constitucional*, Coimbra, 1993, p. 646.



Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outro como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço e, portanto, não permite equivalente, então tem ela dignidade”.<sup>31</sup>

Desta forma, mesmo que se considere, sob o aspecto da lógica, como desfavorável ao acusado, ética ou moralmente sua negativa em falar, tal consideração se não presta, sequer a ser levada em conta conjuntamente com as demais provas formadas no processo, para afirmação sobre sua responsabilidade.

Se calou, o fez dentro da reserva que lhe é naturalmente própria e como único senhor da exposição ou não do que lhe é íntimo e disto não se pode extrair ilação ao mesmo prejudicial.

Descabido, ademais, admitir-se, à autoridade que o interrogar, adverti-lo sobre eventual consequência advinda de seu silêncio, caracterizando a prática, no estágio atual de nosso Direito, pressão que se presta a infringir o devido processo legal e o próprio direito de defesa, caracterizando, – se aferido que o fato causou-lhe constrangimento hábil e a prejudicar-lhe a defesa, por conta daquilo que acaba por dizer e que contrarie seu próprio interesse, “tudo dentro da inafastável convicção de que não pode haver pressões ou sanções que limitem o pleno exercício de um direito constitucional”<sup>32</sup> –, nulidade inafastável.

De igual maneira se haverá afirmar quando não realizada a advertência sobre ser-lhe possível silenciar, por se tratar, como visto e repetido, de direito e garantia constitucional inafastáveis e cuja omissão tanto pode ser causa de invalidade de todo o processo, quando verificado que dela decorreu restrição à própria defesa do acusado, como nulidade apenas do interrogatório, se o que nele se contiver

não implicar prejuízo à defesa do interrogado, hipótese em que, na esteira do magistério de Ada Grinover, Scarance Fernandes e Gomes Filho, “o vício transmite-se às provas derivadas (ou seja, às provas *contra reum* por este indicadas no interrogatório irregular), invalidando-as também: exatamente como ocorre com o interrogatório prestado sob coação ou sevícias”.<sup>33</sup>

O último dos autores acima referidos, aliás, adverte, em obra própria, comentando sobre o assunto, ser “preciso considerar, ainda, que a efetiva comunicação, ao acusado, sobre esse direito [*de silenciar*] constitui condição de validade de eventual confissão: na aplicação da regra, a Suprema Corte americana, após evolução jurisprudencial que culminou com as célebres decisões dos casos *Escobedo v. Illinois* (1964)<sup>34</sup> e *Miranda v. Arizona* (1966), assentou que o interrogatório prestado perante os órgãos policiais, sem que o acusado seja instruído por seu advogado sobre o privilégio em questão, é inadmissível, seja como prova *direta*, seja como prova *indireta*, ainda que confirmada por outros elementos probatórios”.<sup>35</sup>

Nem poderia ser diferente, já que, emergindo de norma constitucional a exclusão de efeito negativo ao silêncio, nas hipóteses aludidas, sem razão se torna argumentar com a possibilidade de validar-se interrogatório ou processo em que, da omissão de esclarecimento a respeito da cláusula ao acusado ou da advertência que lhe seja feita sobre efeitos contrários e decorrentes do silêncio, perceba-se presente dano a sua defesa, especialmente quando haja confessado aquilo que lhe é imputado, porquanto poderá tê-lo feito por temor decorrente do fato de ter sido irregularmente advertido ou por não saber que era-lhe possível silenciar, como argumento de sua defesa ou “voluntária ‘improdução’ de prova” segundo advertência de Teixeira de Azevedo,<sup>36</sup> na primeira hipótese.

Adequada, neste ponto, a advertência do Juiz Goldberg, relator no julgamento de *Escobedo v. Illinois*: “Nenhum sistema de justiça criminal pode, ou deveria sobreviver, se a sua continuada ineficácia depender de abdicarem os cidadãos, por ignorá-los, de seus direitos constitucionais. Nenhum sistema digno de preservação deveria *temer* que, pelo fato de permitir a um acusado consultar advogado, ele se torne ciente desses direitos e os exerça. Se o exercício dos direitos constitucionais prejudica a

31. *Manual de Direito Constitucional*, 1993, p. 169.

32. Ada Pellegrini Grinover e outros, *As nulidades...*, cit., p. 73.

33. *As Nulidades...*, ref., p. 73, nº 6.

34. No julgamento do caso *Escobedo*, a Corte concluiu sobre a inconstitucionalidade de interrogatório ocorrido sem que se admitisse ao suspeito consultar seu advogado, afirmando a impossibilidade de serem contra ele usados os informes então prestados.

35. *Direito à Prova no Processo Penal*, 1997, p. 112.

36. *Loc. cit.*



eficácia de um sistema de execução da lei, então há algo de errado com esse sistema”.<sup>37</sup>

O silêncio do acusado não pode, de forma alguma, implicar em prejuízo ao mesmo, observando Figueiredo Dias, a respeito, que, “*un tel silence ne peut pas être considéré comme indice ou présomption de culpabilité*”,<sup>38</sup> implicando consideração contrária a essa em ofensa não só à própria garantia constitucional excludente de efeitos ao silêncio, quanto as da presunção de inocência e do devido processo legal.

De outra parte e constando na norma constitucional brasileira (art. 5º, inc. LXIII) dever ser “o preso informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado” e prevendo a Constituição, ainda, que “o advogado é indispensável à administração da justiça...”, chega-se à conclusão no sentido de que se o acusado quiser, antes de ser interrogado, seja-lhe possibilitada entrevista com advogado, haverá a autoridade propiciar tal contato, pena de afronta às referidas disposições maiores e violação a direitos básicos do cidadão.

Aplicável à espécie, assim e sob tais aspectos, ponto de vista expresso pelo *Chief Justice* Earl Warren, relator do caso *Miranda*, no sentido de que “o réu poderá desistir desses direitos, contanto que a desistência (*waiver*) seja declarada voluntária, ciente e inteligentemente. Se, porém, ele indicar em qualquer momento do processo que deseja consultar advogado antes de falar, não poderá ser interrogado”,<sup>39</sup> já que postura a essa diversa implica concluir-se em negativa à Constituição.

Ou se observa o regramento constitucional concernente aos direitos fundamentais de todo cidadão, em especial aquele do inciso LXIII do artigo 5º ou estar-se-á negando os constantes nos incisos LIV (*devido processo legal*), LV (*contraditório e ampla defesa*) e LVII (*inocência presumida*).

Oportuno assinalar, quanto ao último de tais princípios, da presunção de inocência, intimamente ligada ao devido processo legal, caracterizar, “inegavelmente, o aspecto mais inovador do princípio inscrito no artigo 5º, inciso LVII, da nova Constituição, na medida em que reafirma a dignidade da pessoa humana como premissa fundamental da atividade repressiva do Estado”.<sup>40</sup>

Desta forma, não se presta a mera acusação a fixar a responsabilidade do acusado, cabendo ao

Estado persecutor prová-la de forma eficiente, sem o que nenhum prejuízo poderá advir para aquele, no que toca à sanção que se lhe pretenda impor.

Assertiva a essa contrária fere frontalmente o *due process of law*, uma vez que estar-se-ia caracterizando descumprimento à Constituição, qualquer afirmação dirigida a dever o acusado comprovar a inverdade do que contra ele se alega e não a quem o acusa demonstrar a procedência da imputação.

Evidencia-se, pois, emergir forte coerência do sistema constitucional no tocante ao *direito de calar*, uma vez que se o imputado não pode ser condenado sem observância ao *devido processo legal* e é favorecido, ainda, pela cláusula da *presunção de sua inocência*, não será lícito pretendê-lo obrigado a falar, tanto por poder preferir silenciar, em socorro a sua própria defesa, como por motivos outros, de natureza íntima e que a ninguém é permitido ferir.

Assim, sequer se há exigir do acusado justifique o motivo por haver-se calado na polícia ou em juízo, porquanto o só fato de possuir um direito justifica a seu titular o seu exercício, sequer se podendo usar o argumento de que “quem é inocente nada tem a esconder”, como ensejador de balizamento e reforço a uma conclusão contrária a quem silenciou.

Qualquer argumento que vá de encontro ao afirmado, a partir de 1988, ainda que fundado em normas anteriormente existentes e que poderiam embasá-lo, caracteriza verdadeiro constrangimento ilegal àquele contra quem dirigida, pois e conforme o Professor José Afonso da Silva, “do princípio da supremacia da Constituição resulta o da *compatibilidade vertical* das normas da ordenação jurídica de um país, no sentido de que as normas de grau inferior somente valerão se forem compatíveis com as normas de grau superior, que é a Constituição. As que não forem compatíveis com ela são inválidas, pois a *incompatibilidade vertical* resolve-se em favor das normas de grau mais elevado, que funcionam como fundamento de validade das inferiores”.<sup>41</sup>

37. Lêda Boechat Rodrigues, *A Corte de Warren*, 1991, p. 204.

38. *Apud* Teixeira de Azevedo, *loc. ref.*

39. Lêda Boechat Rodrigues, *op. ref.*, p. 205.

40. Antonio Magalhães Gomes Filho, *Presunção de inocência e prisão cautelar*, 1991, p. 42.

41. *Curso de Direito Constitucional*, cit., p. 46, nº 10.



Por fim e embora a referência constitucional a garantir-se ao *preso* o direito ao silêncio tem-se, de maneira lógica, a direta implicação do tema com o interrogatório daquele afirmado como autor de algum fato delituoso.

Evidente incoerência admitir-se silenciar àquele que é preso e a quem a mesma Constituição tem como presumidamente inocente e, depois, no curso do inquérito policial instaurado para investigar o fato relativo à sua prisão ou quando e se denunciado, ser obrigado a falar a verdade.

Dá-se, sem que se o possa negar, um prolongamento do que consta no mandamento constitucional em referência, relativamente ao âmbito do inquérito e da própria ação penal, sem o que não se haverá falar em pleno exercício do direito à defesa e observância ao próprio devido processo legal, caracterizando solução contrária, na admoestação de Paulo Fernando Silveira, – ainda que no aludindo ao inquérito policial, mas que se pode aplicar à ação penal –, “visão menor enfocando um direito magno”, acrescentando: “... a interpretação restrita cede lugar para a conceituação ampla do devido processo legal ...”.<sup>42</sup>

De forma diversa não entendeu precedente do Colendo Supremo Tribunal Federal, relatado pelo Ministro Celso de Mello, afirmando que “o direito de permanecer em silêncio insere-se no alcance concreto da cláusula constitucional do devido processo

legal. E nesse direito ao silêncio inclui-se, até mesmo por implicitude, a prerrogativa processual e o acusado negar, ainda que falsamente, perante a autoridade policial ou judiciária, a prática da infração penal”, pois, “o privilégio contra a auto-incriminação traduz direito público subjetivo, de estatura constitucional, deferido e expressamente assegurado, em favor de qualquer indiciado ou imputado, pelo artigo 5º, inciso LXIII, da nossa Carta Política”.<sup>43</sup>

Assim também, Alexandre de Moraes: “A expressão *preso* não foi utilizada pelo texto constitucional em seu sentido técnico, pois o presente direito tem como titulares todos aqueles, acusados ou futuros acusados (por exemplo: testemunhas, vítimas), que possam eventualmente ser processados ou punidos em virtude de suas próprias declarações”.<sup>44</sup>

### 3. Conclusão

“A interpretação faz a ordem jurídica funcionar, tornando o Direito operativo. O Direito existe para regular a vida em sociedade e esta, por sua vez, mostra-se extremamente rica em particularidades. O Direito, geral e abstrato, necessita, pois, de um método que consiga adequá-lo às realidades concretas em função das quais existe. Como lembra Christiano de Andrade: ‘... as leis não podem operar por si sós, senão unicamente através da interpretação que lhes é dada’” (Celso Ribeiro Bastos).

5. Portanto e sem motivo a debate há que se afirmar a necessidade do interrogatório no processo crime eleitoral e como tal entendido o depoimento pessoal a que se refere o artigo 359, na redação da Lei nº 10.732, de 5/9/2003, bem como ter o denunciado o direito ao silêncio mencionado no artigo 5º, inciso LXII, da Constituição Federal, que o beneficia não só no instante em que preso o cidadão mas e também no inquérito policial e a própria ação penal por crime eleitoral que contra ele se promova.\*

42. *Devido Processo Legal*, 1997, p. 146, nº 6.2.

43. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, vol. 141:512.

44. *Direitos Humanos Fundamentais*, 1997, p. 278.

\* Atentam Ada P. Grinover, Scarance Fernandes e Magalhães Gomes Filho, em *As Nulidades no Processo Penal*, 1993, p. 71, ademais, que, a menção a preso “não pode, nem quer, dizer que ao indiciado ou acusado que não esteja preso não seja estendida a mesma proteção, no momento maior da autodefesa, que é o interrogatório”.