

## Garantia do Direito ao Silêncio e a Dispensa do Interrogatório

**RENÉ ARIEL DOTTI**

Advogado, Professor de Direito Penal e Direito Processual Penal, Membro do Conselho Diretor da Associação Internacional de Direito Penal e da Sociedade Mexicana de Criminologia e Ex-integrante de comissões de reforma do sistema criminal brasileiro.

**SUMÁRIO:**1. O direito constitucional ao silêncio;2. Derrogação e revogação;3. Natureza jurídica do interrogatório;4. A nova redação do art. 366 do CPP;I - As comissões de reforma;II - O Projeto de Lei nº 4.897/95;III - A Lei nº 9.271/96;5. Dispensa de comparecimento;6. O pedido de dispensa;7. Conseqüências do não-comparecimento;8. Compreensão judicial da dispensa.

### 1. O DIREITO CONSTITUCIONAL AO SILÊNCIO

A CF/88 consagrou o *direito ao silêncio* que era uma das antigas reivindicações de antigos e sensíveis criminalistas <sup>1</sup> e de processualistas de prestígio <sup>2</sup> e que tem sido destacado no contexto dos direitos humanos por uma nova geração de penalistas. <sup>3</sup> Reza o texto da *lei fundamental*: "Art. 5º, LXIII - o preso será informado de seus direitos, *entre os quais o de permanecer calado*, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado".

O reconhecimento jurisprudencial de que o silêncio do acusado é um dos direitos constitucionais, não admite qualquer dúvida. É oportuna a invocação dos seguintes precedentes do STF:

a) "Esta Suprema Corte, fiel aos postulados constitucionais que delimitam, nitidamente o círculo de atuação das instituições estatais, salientou que qualquer indivíduo que figure como objeto de procedimento investigatório, *verbis*: 'tem, dentre as várias prerrogativas que lhe são constitucionalmente asseguradas, o direito de permanecer calado. *Nemo tenetur se detegere*. Ninguém pode ser constrangido a confessar a prática de um ilícito penal'. O direito de permanecer em silêncio insere-se no alcance concreto da cláusula constitucional do devido processo legal. E nesse direito ao silêncio inclui-se, até mesmo por implicitude, a prerrogativa processual de o acusado negar, ainda que falsamente perante a autoridade policial ou judiciária, a prática da infração penal". <sup>4</sup>

b) "O direito à informação da faculdade de manter-se silente ganhou dignidade constitucional, porque instrumento insubstituível da eficácia real da vetusta garantia contra a auto-incriminação que a persistência planetária dos abusos policiais não deixa perder atualidade". <sup>5</sup>

A garantia não é exclusiva da pessoa presa como poderia ensejar uma interpretação meramente literal do dispositivo. Em se tratando de uma regra processual penal ela admite a *interpretação extensiva* como expressamente declara o art. 3º do respectivo estatuto. E outra não tem sido a compreensão dos doutrinadores e da magistratura. São inúmeros os precedentes nos quais a garantia do *direito de calar* é reconhecida em favor dos acusados que estão em liberdade.

O silêncio do réu não poderá mais ser interpretado em prejuízo da própria defesa e nem constituirá elemento para a formação do convencimento, favorável ou desfavorável do Juiz.

## 2. DERROGAÇÃO E REVOGAÇÃO

Diante da clareza da norma constitucional, foi *derrogado*<sup>6</sup> o art. 186 do CPP, *in verbis*: "Antes de iniciar o interrogatório, o juiz observará ao réu que, embora não esteja obrigado a responder às perguntas que lhe forem formuladas, o seu silêncio poderá ser interpretado em prejuízo da própria defesa".

A parte final do dispositivo ("o seu silêncio poderá ser interpretado em prejuízo da própria defesa") está, evidentemente, *revogada* posto que não foi recepcionada pela CF/88. Fica vigente tão-só a parte na qual o Magistrado, antes de iniciado o interrogatório, esclarece ao réu que o mesmo não está obrigado a responder às perguntas.

Analisando o texto do art. 186 do CPP, à luz da CF, TOURINHO FILHO indaga: "De que lhe pode servir o direito de calar-se, ante aquela ameaça de que o seu silêncio poderá prejudicar a sua defesa? Assim, em face da *consagração do direito ao silêncio como dogma constitucional*, evidente que o Juiz não poderá fazer a advertência do art. 186". <sup>7</sup>

E o STF, através de aresto relatado pelo Min. MARCO AURÉLIO, decidiu: "A parte final do art. 186 do CPP, no sentido de o silêncio do acusado poder se mostrar contrário aos respectivos interesses, não foi recepcionada pela CF/88, que, mediante o preceito do inc. LVIII do art. 5º, dispõe sobre o direito de os acusados, em geral, permanecerem calados". <sup>8</sup>

Quanto ao art. 198 do CPP, <sup>9</sup> a parte final do dispositivo está revogada como conclui MIRABETE. <sup>10</sup>

Por via de conseqüência, perde objeto a regra do art. 191 do CPP. Realmente, ficaria sacrificado o *direito ao silêncio* se o Juiz mandar consignar no termo de interrogatório as perguntas que o réu deixou de responder e as razões que invocou para assim fazê-lo. Na verdade, se o réu tem o direito de permanecer calado e a jurisprudência entende que o exercício desse direito não pode prejudicá-lo, perde substância a mencionada regra. Nesse caso, pode-se dizer que também o dispositivo em análise não foi recepcionado pela CF/88, estando *revogado* consoante a regra do art. 2º, § 1º da LICC: "*A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior*".

### 3. NATUREZA JURÍDICA DO INTERROGATÓRIO

Além de caracterizar um *meio de defesa*, o interrogatório é também um *meio de prova*. A propósito, já sustentei: "É elementar que constituindo o interrogatório do acusado um dos capítulos submetidos ao Título que regula, justamente, a produção da prova, <sup>11</sup> nenhuma razão existe para desconsiderar esse importantíssimo ato como integrante do conjunto de elementos de fato para constituir a decisão". <sup>12</sup>

Se, por um lado, o interrogatório é um ato de *defesa*, o advogado constituído poderá praticá-lo através das razões escritas, na defesa prévia ou nas alegações finais; se, por outro, é (também) um meio de *prova*, da mesma forma poderá ele ser dispensado posto que prevalece em nosso sistema o princípio segundo o qual ninguém é obrigado a depor contra si. Esta é uma das garantias expressamente consignadas na Constituição dos Estados Unidos, como se verifica pela Emenda nº V (1791), *verbis*: "(...) ninguém poderá ser constrangido a depor contra si mesmo em processo criminal (...)". Tal garantia é recepcionada pelo sistema constitucional brasileiro, conforme a regra do § 2º do art. 5º: "Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte".

### 4. A NOVA REDAÇÃO DO ART. 366 DO CPP

#### I - As comissões de reforma

Durante a gestão do Ministro da Justiça, MAURÍCIO CORREIA, foram constituídas duas Comissões de Juristas para apresentar propostas de reforma setorial do CPP, visando a sua simplificação e eficácia.

A primeira delas foi inicialmente criada no âmbito da Escola Nacional da Magistratura, conforme a Portaria nº 3, de 10 de junho de 1992, baixada pelo Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA. No mesmo ato foram designados o Ministro LUIZ VICENTE CERNICCHIARO e o Doutor SIDNEY AGOSTINHO BENETI, para a coordenação e a secretaria dos trabalhos, respectivamente, e nomeados os demais membros. <sup>13</sup>

A segunda, tendo o caráter de Comissão Revisora dos anteprojetos já publicados, foi instituída pela Portaria nº 349, <sup>14</sup> tendo os seguintes integrantes. <sup>15</sup>

## II - O Projeto de Lei nº 4.897/95

Através da Mensagem nº 1.269, de 1994, o Governo encaminhou ao Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 4.897, de 1995, alterando os arts. 366, 367, 368, 369 e 370 do CPP. O texto do *disegno di legge* é o seguinte:

"PROJETO DE LEI Nº , de 1994.

Altera os artigos 366, 367, 368 e 369 do Decreto-lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941, CPP.

"O CONGRESSO NACIONAL decreta:

Art. 1º Os artigos 366, 367, 368 e 369 do Decreto-lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941, CPP, passam a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 366. Se o acusado, citado por edital, não comparecer, nem constituir advogado, ficarão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional, podendo o juiz determinar a produção antecipada das provas consideradas urgentes e, se for o caso, decretar a prisão preventiva, nos termos do disposto no artigo 312.

§ 1º As provas antecipadas serão produzidas na presença do Ministério Público e do defensor dativo.

§ 2º Comparecendo o acusado, ter-se-á por citado pessoalmente, prosseguindo o processo em seus ulteriores atos, *ressalvado o direito à repetição da prova, se justificada a sua necessidade, e se possível.* <sup>16</sup>

"Art. 367. O processo seguirá sem a presença do acusado que, citado ou intimado pessoalmente para qualquer ato, deixar de comparecer sem motivo justificado, ou, no caso de mudança de residência, não comunicar o novo endereço ao juízo.

"Art. 368. Estando o acusado no estrangeiro, mas em lugar sabido, será citado mediante carta rogatória, suspendendo-se o curso do prazo de prescrição até o seu cumprimento.

"Art. 369. As citações que houverem de ser feitas em legações estrangeiras serão efetuadas mediante carta rogatória."

"Art. 2º Esta Lei entrará em vigor 2 (dois) meses após a data de sua publicação."

### III - A Lei nº 9.271/96

A Lei nº 9.271/96, deu ao art. 366 do CPP a redação constante do projeto. Vale conferir: "Se o acusado, citado por edital, não comparecer, nem constituir advogado, ficarão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional, podendo o juiz determinar a produção antecipada das provas consideradas urgentes e, se forma o caso, decretar prisão preventiva, nos termos do disposto no art. 312".

O dispositivo contém revolucionária inovação no sistema processual, sob dois aspectos: a) o processo fica suspenso se o réu, citado por edital não comparecer e nem constituir defensor; b) se houver a constituição do defensor, o processo prosseguirá mesmo que o réu, por sua decisão, não compareça ao interrogatório.

Esta última hipótese revela que o interrogatório do acusado perdeu o caráter de obrigatoriedade. Assim também ocorre em relação ao procedimento perante o Juizado Especial Criminal. Com efeito, o art. 81 da Lei nº 9.099/95, ao regular a audiência de instrução e julgamento das infrações de menor potencial ofensivo, prevê que o interrogatório do acusado é um ato dispensável. <sup>17</sup> No mesmo sentido é o processo relativo aos crimes previstos pela *lei de imprensa*, cujo interrogatório é um ato *facultativo* do réu. <sup>18</sup>

## 5. DISPENSA DE COMPARECIMENTO

Segundo o sistema positivo vigente, o interrogatório é um ato processual realizado sem a atuação das partes. Nem o MP ou o assistente (nos crimes de ação pública) ou o querelante (nos crimes de ação de iniciativa privada) e nem o advogado podem participar ativamente da audiência. O texto do art. 187 do CPP é muito claro: "O defensor do acusado não poderá intervir ou influir, de qualquer modo, nas perguntas e nas respostas". A regra vale também para a acusação em face do *princípio de equilíbrio de armas*.

Diante do exposto, conclui-se que se o *silêncio* do acusado é um direito constitucional e que se ele, citado para o interrogatório, constitui advogado, o processo deverá prosseguir mesmo sem o seu comparecimento que se tornou facultativo.

O entendimento acima é apoiado expressamente pelo magistério de TOURINHO FILHO: "Por outro lado, *se não atender ao chamamento judicial e, ao mesmo tempo, constituir Advogado para patrocinar-lhe a causa, é sinal evidente de que sabe que está sendo processado, e, se não comparece para ser interrogado, o processo prossegue normalmente com a presença do Advogado constituído.* <sup>19</sup>

## 6. O PEDIDO DE DISPENSA

O interrogatório, à luz da CF/88 é um *direito individual* do acusado, e disponível, respeitada a garantia do silêncio. Comprovado que a citação pessoal foi efetivada, o réu poderá, antes ou no dia do interrogatório, requerer a dispensa desse ato e a continuidade do processo, iniciando-se o prazo para a apresentação da defesa prévia. Não se aplica, obviamente, o disposto no art. 260 do CPP que prevê a condução do réu se o mesmo não atender à intimação para o interrogatório. Seguem-se os demais atos, com ou sem a presença do acusado que, entanto, não será mais intimado. Esse é o único ônus que resulta da decisão de não ser interrogado, *ex vi* da regra do art. 367 do Código.

Em se tratando de réu citado por edital, poderá ele, através de defensor constituído, requerer a sua dispensa para o ato de interrogatório. Tal manifestação deverá ser expressa e ajuizada no contexto da defesa prévia ou em petição separada.

A opção manifestada pelo acusado e formalmente transmitida pelo patrono de sua escolha e confiança, de modo algum sacrifica o princípio constitucional da ampla defesa; ao contrário, a revitaliza na medida em que o *direito ao silêncio* é uma das garantias fundamentais da defesa.

## 7. CONSEQÜÊNCIAS DO NÃO-COMPARECIMENTO

Existe somente uma sanção processual para o fato do não-comparecimento. A lição do mesmo mestre é muito clara: "Não é pelo fato de o réu não atender ao chamamento em juízo que o alegado em relação a ele deva ser aceito como verdade. A revelia, no Processo Penal, não tem a extensão que se lhe confere no Processo Civil ou até mesmo no Direito do Trabalho. Nestes, estando em jogo interesses disponíveis, a revelia implica confissão quanto à matéria fática. No Processo Penal, esta a conseqüência: o réu não mais será intimado para qualquer ato do processo. Nada impede que ele, querendo, e sabendo da sua realização, compareça, mas, para a Justiça, nenhuma obrigação de chamá-lo." <sup>20</sup>

A outra conseqüência do não-comparecimento pessoal do réu é o andamento mais célere do processo na medida em que, citado pessoalmente para o interrogatório e a ele não comparecendo, está ciente de que o feito prosseguirá sem a sua presença, desde que intimado o defensor (CPP, art. 367).

Por último, não se argumente com a regra do art. 260 do CPP, *in verbis*: "Se o acusado não atender à intimação para o interrogatório, reconhecimento ou qualquer outro ato que, sem ele, não possa ser realizado, a autoridade poderá mandar conduzi-lo à sua presença". É elementar que o dispositivo foi derogado pela garantia constitucional do direito ao silêncio posto que a lei não pode obrigar o réu a participar de um ato processual do qual possa resultar algum elemento de prova contra si. Esse é o princípio de que ninguém é obrigado a se auto-incriminar, previsto na Emenda nº V à Constituição dos

EUA e aplicável ao nosso sistema conforme a *cláusula salvatória* do § 2º do art. 5º da *lei fundamental*.

No panorama atual do sistema brasileiro, que não realiza o valoroso *princípio da identidade física do juiz* criminal, e diante da reiterada omissão em não se aplicar o art. 196 do CPP, <sup>21</sup> a ausência física do réu que está ciente do dia da audiência deixará ser entendida como forma anômala de *presunção de culpa*.

## 8. COMPREENSÃO JUDICIAL DA DISPENSA

O exercício do direito em causa e a sua consequência natural, ou seja, a ausência física do acusado, mas compensada pela intervenção técnica do patrono constituído, não poderão ser tidos como expressão de hostilidade perante os valores do Direito e da Justiça e, especialmente, quanto a figura do magistrado. O advogado, em tal circunstância, não é o portador de qualquer sentimento de indiferença pessoal; ele é somente o representante da parte que tem a faculdade de adotar a postura processual mais adequada ao seu interesse.

Afinal, com fervor e reiteradas manifestações de convivência pacífica nos corredores do fórum, nas salas de audiências ou nos gabinetes dos magistrados, os procuradores vêm cumprindo um dos primeiros mandamentos inscritos no *Elogio dei giudici*, de PIERO CALAMANDREI: "Da confiança nos juízes, o primeiro dever do Advogado".