UNIVERSIDADE DO SUL DE SANTA CATARINA

KARLA DA ROSA LAPOLLI

EFEITOS DE SENTIDO DO SILÊNCIO EM INTERROGATÓRIOS JUDICIAIS BRASILEIROS: QUEM CALA CONSENTE?

Tubarão

2017

KARLA DA ROSA LAPOLLI

EFEITOS DE SENTIDO DO SILÊNCIO EM INTERROGATÓRIOS JUDICIAIS BRASILEIROS: QUEM CALA CONSENTE?

Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado em Ciências da Linguagem da Universidade do Sul de Santa Catarina como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Ciências da Linguagem.

Orientadora: Profª. Drª. Maria Marta Furlanetto

Tubarão

2017

Lapolli, Karla da Rosa, 1990-
M47 Efeitos de sentido do silêncio em interrogatórios judiciais brasileiros : quem cala consente? / Karla da Rosa Lapolli ; -- 2017.
79 f. il. color. ; 30 cm

Orientadora : Maria Marta Furlanetto.
Dissertação (mestrado)–Universidade do Sul de Santa Catarina, Tubarão, 2017.
Inclui bibliografias.

1. Análise do discurso. 2. Silêncio (Direito). 3. Acusação (Processo penal). 4. Interrogatórios. I. Furlanetto, Maria Marta. II. Universidade do Sul de Santa Catarina - Mestrado em Ciências da Linguagem. III. Título.

CDD (21. ed.) 401.41

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca Universitária da Unisul

KARLA DA ROSA LAPOLLI

EFEITOS DE SENTIDO DO SILÊNCIO EM INTERROGATÓRIOS JUDICIAIS BRASILEIROS: QUEM CALA CONSENTE?

Esta Dissertação foi julgada adequada à obtenção do título de Mestre em Ciências da Linguagem e aprovada em sua forma final pelo Curso de Mestrado em Ciências da Linguagem da Universidade do Sul de Santa Catarina.

Tubarão, 28 de julho de 2017.

Professora e orientadora Maria Marta Furlanetto, Doutora.
Universidade do Sul de Santa Catarina

Professora Débora de Carvalho Figueiredo, Doutora.
Universidade Federal de Santa Catarina

Professora Silvânia Siebert, Doutora.
Universidade do Sul de Santa Catarina

Aos meus pais, Paulo César, dono do meu coração e sábio por natureza, e Marilene, minha inspiração acadêmica e exemplo de dedicação e comprometimento.

Ao meu marido, Michel, companheiro de vida e parceiro de alma.

Por fim, ao meu filho de coração, Caio, que é tudo.

AGRADECIMENTOS

A minha orientadora Professora Doutora Maria Marta Furlanetto, pela orientação responsável e comprometida. Pela real dedicação em direcionar-me pelo melhor caminho, por compartilhar de sua sabedoria e por motivar-me constantemente. Foi uma honra indescritível.

A Universidade do Sul de Santa Catarina, seu corpo docente, direção e administração que oportunizaram minha participação no Curso de Mestrado em Ciências da Linguagem.

Aos meus pais, Paulo César e Marilene, pela rara educação que a mim foi dada, no viés da responsabilidade, comprometimento, ética e solidariedade, regada por amor e carinho. Especialmente, pelo incentivo aos estudos e atividades acadêmicas, pelo financiamento de boa parte deles, mas principalmente pelo acompanhamento e motivação constantes. Compartilho mais este título com vocês.

Ao meu marido, Michel, por compartilhar dos meus sonhos, acompanhar cada passo dessa trajetória e apoiar-me incondicionalmente.

Ao meu filho de coração, Caio, por torcer com doçura, inocência e genuinidade para que eu alcançasse “nota 10,00” nas “tarefas” e “apresentações” exigidas pelo programa. Dar orgulho a você foi um grande incentivo.

E a todos que fizeram parte da minha trajetória pessoal e profissional e que de alguma forma contribuíram para minha formação.

“Nulli tacuisse nocet” (“nocet esse locutum”): a ninguém faz mal ter calado (prejudica, porém, ter falado). (BUSARELLO, 1998, p. 322).

RESUMO

A presente dissertação visa verificar se o pré-construído da culpa tem influenciado, ainda que de forma velada, nas decisões de processos judiciais penais onde o acusado exerce o direito ao silêncio. Por seu teor descritivo e interpretativo, a pesquisa desenvolvida é, em sua essência, de caráter qualitativo. O tipo de pesquisa escolhido foi o bibliográfico, por ser este o mais adequado ao objetivo almejado. O direito ao silêncio foi garantido pela Constituição Federal de 1998, expressamente no artigo 5º, inciso LXIII, inserido no título concernente aos direitos e garantias fundamentais, e foi regulamentado pelo artigo 186 do Código de Processo Penal, onde foi previsto expressamente que o silêncio do acusado não será considerada confissão, bem como que não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa. Percebeu-se que a tentativa de estabilizar interpretação do silêncio do acusado nos interrogatórios, como pretendido juridicamente, ou mesmo vedar a interpretação desse discurso, é uma utopia inalcançável, e que a edição da norma existe, possivelmente, como ferramenta de garantia da ordem. No viés da análise do discurso foram estudados o pré-construído da culpa, a ideologia que recai sobre o discurso do acusado, bem como a possível origem e desenvolvimento do dito popular "quem cala consente". Ainda, estudou-se como se dá a produção de sentido pelo silêncio e sua interpretação e o papel que o contexto desempenha para os efeitos de um discurso, que permitiram a análise de três acórdãos que expressam jurisprudência em que os acusados permaneceram em silêncio, bem como de um interrogatório em que o acusado respondeu as perguntas do juízo. A presente pesquisa permitiu concluir, a partir do ponto de vista da análise do discurso, que mesmo diante da vedação legal, é inviável a pretensão de restrição do gesto interpretativo, mas tão somente é possível restringir sua menção durante a realização dos atos processuais penais, com o fim de evitar-se a nulidade dos mencionados atos. Ainda, que essa interpretação decorre do próprio lugar onde está o sujeito-acusado, de onde se espera, primordialmente, a indignação frente a uma falsa acusação.

Palavras-chave: Discurso. Silêncio. Acusado. Interpretação.

ABSTRACT

This dissertation aims to verify if the preconstructed of the guilt has influenced, veiled though, the decisions of criminal procedures where the accused wields the right to silence. Being concentrated in description and interpretation, this research is essentially qualitative, based in selected bibliographies that was designed to be the best for the stated objectives. The mentioned right to silence was granted by the Article V, Item LXIII in the Brazilian Constitution of 1998, being inserted in the title referring to the fundamental rights and guarantees; and governed by the article 186 of the Code of Criminal Procedure. This provided the accused's silence will not be considered as confession, as well as cannot be interpreted as prejudice to the advocacy. We noticed in the interrogatory that the attempt of stabilizing the interpretation in the silence of the accused or even interdicting the interpretation of this discourse, as legally purported, is an unattainable utopia and the editing of the rule arguably exists as an appliance to assure the order. Through the eyes of discourse analysis, we invested to study the preconstructed of the guilt, the ideology that befalls upon the accused's discourse, just as the possible origin and arising of the popular saying "silence gives consent". In addition, we studied how the production of sense and its interpretation happen and the role that context performs to the effects of a discourse. Those allowed the analysis of three judgements that express jurisprudence whereby the respondents remained silent, as well as an interrogatory where the accused answered the questions from the court. From the point of view of discourse analysis, this research allowed to conclude that even facing the legal interdiction, it is inviable trying to restrict the interpretative gesture. The possibility to restrict its mention is only possible during the fulfillment of the criminal procedures actions, intending to avoid the annulment of these mentioned actions. Finally, this interpretation arise from the place where the subject-accused is, of which we primordially expect an indignation before a false accusation.

Keywords: Discourse. Silence. Accused. Interpretation.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....10
2 A QUESTÃO JURÍDICA DO SILÊNCIO.....13
2.1 O DIREITO DE PERMANECER EM SILÊNCIO.....13
2.2 O SILÊNCIO DO ACUSADO E A INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO.....14
2.3 O PRÉ-CONSTRUÍDO DA CULPA.....16
3 ANÁLISE DO DISCURSO.....18
3.1 O SUJEITO DO DISCURSO E O SUJEITO-DE-DIREITO.....18
3.2 TEXTO: UNIDADE DE PARTIDA DO ANALISTA.....21
3.3 DISCURSO E IDEOLOGIA.....23
3.4 O PRINCÍPIO DA SIGNIFICAÇÃO.....25
4 EXPLORANDO O SILÊNCIO.....27
4.1 QUEM CALA CONSENTE.....27
4.2 A PRODUÇÃO DO SENTIDO PELO SILÊNCIO.....30
4.3 O SILÊNCIO ENQUANTO DISCURSO INTERPRETÁVEL.....31
4.4 PAPEL SELETIVO DOS CONTEXTOS.....33
5 EFEITOS DE SENTIDO DO SILÊNCIO EM INTERROGATÓRIOS JUDICIAIS BRASILEIROS: QUEM CALA CONSENTE?.....39
6 CONCLUSÃO.....52
REFERÊNCIAS.....54
ANEXOS.....56
ANEXO I – OP Nº 70051820074 (Nº CNJ: 0488605-27.2012.8.21.7000).....57
ANEXO II – OP Nº 70053275574.....67
ANEXO III - APELAÇÃO CRIMINAL Nº 0010.11.007465-4.....72
ANEXO IV – GRAVAÇÃO INTERROGATÓRIO.....77

1 INTRODUÇÃO

O processo judicial brasileiro apresenta pelo menos três sujeitos: autor, réu e Estado-juiz. Interessa aqui tratar dos sujeitos que compõem o processo penal, já que é nesta especialidade do Direito que o réu ocupa a posição de acusado.

Os juízes são aqueles investidos de poder jurisdicional. Estão além da relação processual, e são, portanto, teoricamente imparciais. Essa imparcialidade é o que permite que sejam capazes de prolatar as decisões que põem fim às lides que são apresentadas ao seu crivo. Não se subordinam juridicamente aos tribunais superiores, nem ao Legislativo ou Executivo.

No processo penal, o autor da ação, normalmente o Ministério Público (com exceção das ações penais de inciativa privada), não exerce qualquer direito face ao Estado, mas apenas exerce o dever resultante da concretização de fato tipicamente descrito em lei, sendo o único legitimado para a persecução penal. Ou seja, é ele quem deduz a pretensão de condenar o acusado às penas previstas se verificada a efetiva prática de crime. O acusado, por sua vez, é aquele que responde pela suposta prática de crime previsto na legislação penal brasileira. Enquanto o Ministério Público, na condição de autor, deduz, o réu, na posição de acusado, resiste a essa pretensão, defendendo-se daquilo que lhe é atribuído.

Vê-se que, enquanto o Ministério Público ocupa uma posição de denúncia em relação ao acusado, descrevendo as condutas deste e enquadrando-as na legislação penal, resta a condição de fragilidade do réu/acusado em defender-se e tentar produzir prova de sua inocência.

É possível inferir, portanto, grosso modo, que enquanto o Ministério Público, na posição de autor, visa ao cumprimento da lei, requerendo o processamento e condenação daqueles que a violam, o réu, enquanto acusado, é aquele de quem, no mínimo, desconfia-se de ter descumprido as normas socialmente e juridicamente estabelecidas.

É facultado, ainda, ao acusado, permanecer em silêncio durante o interrogatório, prerrogativa esta prevista constitucionalmente – com o intuito de possibilitar ao réu que não produza provas contra si mesmo – e que, teoricamente não pode ser interpretada em seu malefício.

Por isso, na pesquisa em pauta, será analisada a previsão contida no artigo 5º, inciso LXIII da Constituição Federal de 1988, viabilizando o estudo da produção de sentido no silêncio, com base na abordagem da Análise do Discurso, a partir, especialmente, de Eni P. Orlandi, que trará os necessários conceitos de sujeito, discurso, texto e interpretação. Na linha

discursiva, utilizaremos também os conceitos de Michel Pêcheux, e para a interpretação, elementos selecionados da visão de Paul Ricoeur. A questão do silêncio como modalidade de sentido será receberá aportes do antropólogo David Le Breton, e, especificamente na parte jurídica, teremos os conceitos de Fernando Capez e Maria Elizabeth Queijo. Por fim, com o intuito de enriquecer a discussão proposta, traremos passagens do artigo *Le silence comme aveu et le "droit au silence"*, de Renaud Dulong.

Com a compreensão de como se produziu e se mantém presente o pré-construído da culpa, a partir do artigo de Flávia Sotto Maior e das máximas latinas compiladas por Raulino Busarello, verificamos se essa concepção tem prejudicado o acusado que permanece em silêncio nos interrogatórios judiciais brasileiros.

Com o objetivo de analisar a produção de sentidos no silêncio do acusado nos interrogatórios judiciais brasileiros,

a) verificar-se-á o posicionamento do legislador constituinte quanto à previsão contida no artigo 5º, inciso LXIII da Constituição Federal de 1988;

b) descrever-se-á como se dá a produção de sentidos a partir do silêncio;

c) investigar-se-á o surgimento e consolidação do pré-construído da culpa na história;

d) verificar-se-á se o pré-construído da culpa tem influenciado, ainda que de forma velada, nas decisões de processos judiciais penais onde o acusado exerce o direito ao silêncio.

A presente pesquisa foi motivada pela necessidade da desmistificação do silêncio do acusado nos interrogatórios judiciais brasileiros sob a visão teórica da Análise do Discurso, em razão das recorrentes decisões em que são anulados julgamentos pela menção do silêncio do acusado como argumento da acusação. Ora, se o argumento é utilizado como estratégia da acusação, logicamente se percebe que este produz algum efeito, e este efeito merece ser estudado em razão da previsão do artigo 5º, inciso LXIII da Constituição Federal de 1988.

Considerando ainda que todo cidadão brasileiro está sujeito às pretensões descritas na legislação brasileira, o presente estudo abrange o interesse não apenas dos ramos do direito e da linguagem, mas de toda a população brasileira, que inevitavelmente está sujeita à aplicação da legislação constitucional e penal.

Por fim, a realização deste estudo dar-se-á através de pesquisa bibliográfica, especialmente a partir do pensamento de Michel Pêcheux, pertencente ao círculo de estudiosos que fundou a linha conhecida como análise de discurso; Eni P. Orlandi, introdutora da análise de discurso no Brasil; Paul Ricoeur, filósofo e pensador francês; David Le Breton,

sociólogo, antropólogo e psicólogo, especialista da área de estudos do corpo; Renaud Dulong, pesquisador do *Centre d'Etudes des Mouvements Sociaux* (CEMS) no campo da Sociologia do Direito e da historiografia, sob a óptica das relações sociais e dos atos de linguagem (intersubjetividade como fenômeno social); Fernando Capez, jurista, professor e político brasileiro e Maria Elizabeth Queijo, advogada, mestre e doutora em processo penal.

A pesquisa bibliográfica dará suporte à pesquisa, e fundamentará a análise de um interrogatório judicial brasileiro em que o acusado respondeu às perguntas em juízo, e de três decisões judiciais em ações penais em que o julgamento foi anulado pela menção ao silêncio do acusado como argumento da acusação, o que tornará perceptível a dualidade dos efeitos de sentido quando o acusado permanece em silêncio ou quando expressa suas razões.

Inicialmente pretende-se apresentar a fundamentação a respeito da previsão contida no artigo 5º, inciso LXIII da Constituição Federal de 1988, bem como da produção de sentido contida no silêncio baseada na abordagem da análise do discurso, que servirão de embasamento para a análise pretendida.

Após este primeiro aporte bibliográfico explicativo, será investigada a concepção do pré-construído conjuntamente a um interrogatório judicial brasileiro e as três decisões judiciais mencionadas, que permitirá a análise do possível prejuízo ao acusado que permanece em silêncio nos interrogatórios judicias brasileiros.

Por seu teor descritivo e interpretativo, a pesquisa a desenvolver é, em sua essência, de caráter qualitativo.

2 A QUESTÃO JURÍDICA DO SILÊNCIO

2.1 O DIREITO DE PERMANECER EM SILÊNCIO

Na Constituição Federal de 1998, o direito ao silêncio está previsto expressamente no artigo 5º, inciso LXIII, inserido no título concernente aos direitos e garantias fundamentais, possibilitando ao acusado o direito de permanecer calado em todas as fases do processo.

> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
> [...]
> 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. (BRASIL, 1998)

Sendo assim, resta claro que a Carta Magna garantiu ao acusado o expresso pelo *nemo tenetur se detegere*, que significa, literalmente, "ninguém é obrigado a se descobrir", ou seja, qualquer pessoa acusada da prática de um ilícito penal não tem o dever de se autoincriminar, de produzir prova em seu desfavor, usando para tanto, o silêncio (QUEIJO, 2003).

Vê-se que o que o legislador constituinte pretendeu foi a garantia da não autoincriminação por meio do uso do silêncio, silêncio este notadamente imparcial. No entanto, quando observado sob a ótica da análise do discurso, o silêncio proveniente do acusado, ou em qualquer outra situação, jamais será imparcial, nesse olhar teórico, porque ele significa e de várias maneiras.

O Código de Processo Penal, por sua vez, foi taxativo ao garantir ao acusado o direito de não responder a perguntas que lhe forem formuladas, bem como ao prever expressamente que o silêncio do acusado não será considerada confissão, bem como que não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa.

> Art. 186. Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas.
> Parágrafo único. O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa. (BRASIL, 1941)

Temos aqui a clara tentativa do legislador de estabilizar a intepretação do silêncio do acusado quando submetido a interrogatório, vedando que esta caminhe para seu prejuízo.

2.2 O SILÊNCIO DO ACUSADO E A INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO

A lei processual brasileira previu, portanto, a partir da previsão constitucional, o direito do acusado de permanecer em silêncio quando interrogado. Previu ainda que este silêncio não poderá produzir efeitos negativos para a instrução processual. Além disso, da norma se extrai que é viabilizado ao acusado mentir, já que não presta compromisso de dizer a verdade, ônus que recai sobre as testemunhas.

> A lei processual estabelece ao acusado a possibilidade de confessar, negar, silenciar ou mentir. Conforme a nova redação do art. 186, determinada pela Lei n. 10.792/2003, "depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder as perguntas que lhe forem formuladas". O seu parágrafo único, acrescentado também pela referida lei, dispõe que "O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa". Poderá também mentir, uma vez que não presta compromisso, logo, não há sanção prevista para sua mentira. Assim, o juiz não pode mais advertir o réu de que o seu silêncio poderá ser interpretado em prejuízo de sua defesa. Aliás, foi a Constituição Federal, em seu art.5º, LXIII, quem consagrou o direito ao silêncio. Assim, se o silêncio é direito do acusado e forma de realização de sua defesa, não se pode conceber que o exercício desta, através do silêncio, possa ser interpretado em prejuízo do réu. Por outro lado, embora não possa mais o juiz fazer mais tal advertência, a ele incumbe o dever indeclinável de cientificar o acusado do seu direito de calar-se, como condição necessária para o pleno e eficaz exercício dessa prerrogativa. (CAPEZ, 2009, p. 361-362)

A título de esclarecimento, cumpre mencionar que o direito ao silêncio conferido ao acusado limita-se ao interrogatório de mérito, ou seja, sobre as circunstâncias do fato pelo qual está sendo acusado, sendo-lhe vedado permanecer em silêncio na primeira parte do interrogatório, que trata de sua identificação.

> Claro que, como manifestação do direito de defesa, ao réu é dado silenciar-se apenas em relação ao interrogatório de mérito (art. 187, §2º). A prerrogativa do direito ao silêncio não se aplica sobre a primeira parte do interrogatório (art. 187, §1º), que cuida da identificação do réu, já que nesse momento não há espaço para qualquer atividade de cunho defensivo.
> Obs. A negativa do acusado em responder as perguntas de identificação caracteriza contravenção penal (LCP, art. 68) (CAPEZ, 2009, p. 362).

Existem ainda procedimentos que são adotados com o intuito de garantir que não haja qualquer efeito sobre o processo a escolha pelo silêncio, a exemplo de:

> [...] registros das perguntas não respondidas e de eventuais razões apresentadas pelo acusado não podem ser objeto de valoração e, para que não exerçam qualquer influência sobre o convencimento do julgador, deverão ser suprimidos, riscando-se dos autos tais elementos." (QUEIJO, 2012, p. 455)

Isto porque, no ordenamento jurídico vigente, ninguém pode ser prejudicado pelo exercício regular de um direito. Assim, "qualquer valoração ao exercício do direito ao silêncio pelo acusado infringe o *nemo tenetur se detegere.*" (QUEIJO, 2012, p. 456).

Por fim, se porventura ficar comprovado que em algum momento durante a regular tramitação processual o silêncio adotado pelo acusado foi valorado para o fim de prejudicá-lo, será declarada a nulidade do ato, e este deverá ser novamente produzido. Temos como referência:

> Se ocorrer referida valoração, a decisão será passível de reforma por vício de motivação. Se o silêncio do acusado for utilizado como argumento da acusação, no plenário do Tribunal do Júri, o julgamento proferido será nulo, mesmo porque na legislação em vigor o art. 478, II veda a referência, durante os debates, ao silêncio do acusado ou a ausência de interrogatório por falta de requerimento, sob pena de nulidade. (QUEIJO, 2012, p. 456)

Verifica-se que o legislador tentou de todas as formas garantir que o silêncio do acusado não fosse interpretado/valorado em seu prejuízo. No entanto, outros fatores serão analisados para verificar se essas garantias são respeitadas.

Le Breton nos diz o quanto o uso do silêncio pode ser estratégico, ao afirmar que "qualquer palavra é perigosa, na medida em que mostra as cartas, quando o silêncio continua a deixar pairar a dúvida." (LE BRETON, 1999, p. 81).

> A recusa em discutir funciona como uma arma sem réplica para reduzir justamente o outro ao silêncio, por não ter outra escolha. Refugiar-se no mutismo, quando surgem situações tensas, torna-se então uma estratégia de controle de uma emoção que só espera palavras para se espalhar, como uma hemorragia, e ameaçar por muito tempo, nas suas consequências, a estima própria ou as relações com os outros (Saunders, 1985). (LE BRETON, 1999, p. 83)

Ainda, sendo ônus do Ministério Público a prova da culpabilidade do acusado, o silêncio funciona como uma valiosa arma para manter em dúvida o juiz a respeito das alegações da denúncia já que, sem resposta, não há fatos a serem explorados e o interrogatório é encerrado.

2.3 O PRÉ-CONSTRUÍDO DA CULPA

Embora seja ônus do membro do Ministério Público comprovar a culpa do acusado, bem como ter presente a previsão constitucional contida no artigo 5, inciso LVII, que diz que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória", temos de admitir que a realidade tem sido outra nos tribunais brasileiros (BRASIL, 1988). Essa realidade, ou seja, das diferentes interpretações dadas ao silêncio, pode (apenas uma possibilidade) ser atribuída ao histórico da presunção da culpa, em detrimento da presunção de inocência, que foi construída no decorrer da história.

> Os advogados ingleses opunham-se aos juramentos prestados pelos acusados. Entre os argumentos utilizados salientava-se que o juramento conduzia ao perjúrio. Sustentava-se que a tentação de mentir submetia os acusados a um cruel dilema: cometer perjúrio ou revelar informações contra si mesmos. A controvérsia estabelecida trouxe, incidentalmente, a questão da legalidade do juramento *ex officio.* (QUEIJO, 2012, p. 37)

No século XVII, por sua vez, acompanhando o que ocorria na Inglaterra, nas colônias norte-americanas era predominante o processo criminal denominado *accused speaks,* no qual não havia lugar para o *privilege against self-incrimination* (QUEIJO, 2012, p. 42). Isto porque o acusado era submetido a juramento, não podendo mentir, portanto. Se ficasse em silêncio, significaria que não haveria nada a dizer em sua defesa, sendo o conteúdo de qualquer declaração incriminatório. Tinha-se uma velada presunção de culpa vigente.

Queijo esclarece ainda que as mudanças processuais foram lentas, sendo que

> A Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 1948, embora tenha referido a presunção de inocência e estabelecido a não utilização da tortura, não mencionou expressamente o princípio *nemo tenetur se detegere.* (QUEIJO, 2012, p. 49)

Assim, a produção do sentido que tem sido trazida nos tribunais brasileiros no decorrer da história é o de que o acusado que permanece em silêncio não tem nada a dizer em sua defesa, sendo implicitamente culpado. Portanto, essa tendência histórica é um efeito ideológico muito palpável, capaz de perseguir uma pessoa duravelmente.

Essa produção de sentido é, inclusive, decorrente da própria intenção do legislador constituinte, de possibilitar ao acusado o silêncio para que este não seja compelido a produzir prova contra si mesmo, e da quebra do dever anterior de prestar compromisso no interrogatório.

O silêncio significa em si mesmo, e assim como as palavras, assume um significado diferente de acordo com o contexto de seu uso, e que corresponde necessariamente ao pré-construído do sujeito, agindo da mesma forma em relação ao interlocutor. No entanto, o paradoxo reside em, mesmo que a legislação determine que o silêncio do interrogado não possa "comunicar" sua culpa, o pré-construído popular é de que "quem cala consente".

> O silêncio está carregado de intenções quando a palavra esperada não surge; é sinônimo de segredo se um facto permanece na sombra, fora das investigações; é sinal de oração, quando o crente se recolhe sobre si mesmo para se reunir com o seu Deus. É também criação, se o músico joga com uma particularidade especial do som ou procura suspender a acção de um instrumento [...]. (LE BRETON, 1999, p. 76)

Sendo assim, necessária é a desmistificação do silêncio do acusado nos interrogatórios judiciais brasileiros sob a visão teórica da Análise de Discurso, em associação com estudos pertinentes da grande área de Ciências Sociais.

3 ANÁLISE DO DISCURSO

3.1 O SUJEITO DO DISCURSO E O SUJEITO-DE-DIREITO

Para tratar de texto e discurso, é preciso primeiro que se tracem algumas considerações a respeito do conceito de sujeito. No caso concreto, e considerando-se o objeto deste estudo, além de uma breve explanação a respeito de *sujeito*, é necessário que se trate também do *sujeito-de-direito*. Veremos a passagem da condição de sujeito para a de sujeito-de-direito e os fatores históricos e sociais que contribuíram para isso.

Em relação ao sujeito, "diríamos, está para o discurso assim como o autor está para o texto. Se a relação do sujeito com o texto é a da dispersão, no entanto a autoria implica em disciplina, organização, unidade." (ORLANDI, 2009, p.73).

No mesmo sentido,

> [...] o autor é carregado pela força da materialidade do texto, materialidade essa que é função do gesto da interpretação (do trabalho de autoria) na sua relação determinada (historicamente) com a exterioridade, pelo interdiscurso. O sujeito, podemos dizer, é interpretado pela história. (ORLANDI, 1998, p.15)

A autora nos diz, portanto, que enquanto o sujeito está condicionado à dispersão e à abertura (dispersão), ao autor é permitido o "fechamento" propiciado pela materialidade do texto. Orlandi ainda nos traz que, se o discurso surge como efeito de sentido numa relação complexa entre sujeitos, e um texto como unidade objetivada por recursos linguísticos, o sujeito aparece "como resultado da interpelação do indivíduo pela ideologia", mas o autor "é representação de unidade e delimita-se na prática social como uma função específica do sujeito. (ORLANDI, 2009, p. 73).

Mencione-se ainda que, embora se diferenciem mutuamente, autor e sujeito não estão separados, já que "[...] a autoria é uma função do sujeito. A função-autor, que é uma função discursiva do sujeito, estabelece-se ao lado de outras funções, estas enunciativas, que são o locutor e o enunciador [...]" (ORLANDI, 2009, p. 74).

Em termos etimológicos, por sua vez, Claudine Haroche explica que a concepção de sujeito se desenvolveu a partir da ideia de sujeição e subordinação. Vejamos:

> A etimologia nos ensina que o sentido primeiro de "sujeito" (surgido no século XII) significa: "submetido à autoridade soberana". "Sujeição" aparece igualmente na mesma época; no século XV, são derivadas as palavras "assujeitar" e depois "assujeitamento". Bloch e Wartburg nos revelam também que o termo "sujeito", significando no início "que é subordinado", toma, a partir do século XVI, o sentido

> de “matéria, causa, motivo” e, enfim, de “pessoa que é motivo de algo, pessoa considerada em suas aptidões...” (HAROCHE, 1992, p. 158)

O sujeito é então, motivo de algo, e o sujeito de discurso é aquele livre para dizer e significar, “ele é capaz de uma liberdade sem limites e uma submissão sem falhas: pode tudo dizer, contando que se submeta à língua para sabê-la. Essa é a base do que chamamos assujeitamento.” (ORLANDI, 2009, p. 50).

Ou seja, ao mesmo tempo que o sujeito se apresenta livre, para o exercício dessa liberdade é preciso primeiramente que ele abra mão de parte dessa condição e se submeta à língua, para que possa dizer e ser compreendido.

Ainda assim, diante de sua primeira submissão, o sujeito se vê dono de seu dizer:

> Tomando em conta a relação da língua com a ideologia, podemos observar como, através da noção de determinação, o sujeito gramatical cria um ideal de completude, participando do imaginário de um sujeito mestre de suas palavras: ele determina o que diz. (ORLANDI, 2009, p. 50)

É uma questão altamente contraditória: para ser livre e poder exercer essa liberdade a partir do dizer, é preciso que o sujeito se submeta à língua. Esta, por sua vez, lhe impõe mais algumas limitações, como os efeitos ideológicos que carrega. “Ao dizer, o sujeito significa em condições determinadas, impelido, de um lado, pela língua e, de outro, pelo mundo, pela sua experiência, por fatos que reclamam sentidos, e também por sua memória discursiva [...]” (ORLANDI, 2009, p. 53).

Se, mesmo diante de tantas limitações, o sujeito ainda se sente dotado de autonomia e liberdade e dono de seu dizer, isso se dá em razão do movimento histórico em que as limitações estatais demonstraram-se (pelo menos aparentemente) muito mais brandas do que as limitações religiosas.

Assim, mesmo que houvesse muitas regras e limitações, o sujeito passou a ter direito à voz. Nesse sentido, Lagazzi afirma que “com seu trabalho Faire Dire, Vouloir Dire, Haroche (1984) possibilita-nos visualizar a emergência do sujeito responsável, diretamente vinculada à emergência do Estado.” (LAGAZZI, 1988, p. 19).

E a autora continua explicando que a análise de Haroche mostra que a predominância do poder de Estado frente àquele de caráter religioso permitiu uma espécie de “triunfo” da subjetividade, quer dizer: a “instalação de uma política da subjetividade.” (LAGAZZI, 1988, p. 19).

Em resumo, as modificações e desenvolvimento histórico se deram da seguinte forma e pelos seguintes motivos:

> As modificações econômicas que ocorreram a partir do século X, atingindo seu auge no século XIII, propiciaram o enfraquecimento da igreja dentro do sistema federal. De uma economia rural de subsistência, passou-se a uma economia artesanal e urbana, que teve como decorrência a ideia de lucro. O comércio sedentarizou-se e trouxe o progresso da instrução e da comunicação escrita. Essa sedentarização inscreveu-se dentro do avanço do aparelho jurídico, já que os artesãos, mercadores e camponeses, reivindicando seus direitos e liberdades, conduziram à fundamentação do poder jurídico, com a formação do "sujeito-de-direito" (Haroche, 1984), um sujeito responsável por suas ações, ao qual a história tensa de sua constituição foi atribuindo direitos e deveres. (LAGAZZI, 1988, p. 19)

A atribuição de direitos e deveres advém da consolidação do poder estatal, que também gerencia quem serão seus detentores. A hierarquia, por sua vez, traz consigo sempre uma relação de tensão, uma vez que os direitos e deveres vêm sempre acompanhados de cobranças e justificativas (cf. LAGAZZI, 1988, p. 21). É nesse contexto que o sujeito-de-direito está inserido, apresentando-se contraditoriamente com vontade própria e responsabilidade, resultado da transformação das relações sociais.

Trata-se do contrato social firmado por todos nós, quando abrimos mão de parcela de nossa liberdade em favor do Estado para que ele, cumprindo sua função primordial, assuma sua posição de regulamentador e, em contrapartida, nos confira direitos básicos como ordem e segurança. Resulta daí, porém, uma ambiguidade, já que, quando o Estado de dirige aos cidadãos, dirige-se "a cada um e a todos ao mesmo tempo, a uma massa uniforme de *sujeitos assujeitados*, que têm a ilusão da unicidade." (LAGAZZI, 1988, p. 21).

Faz parte de nossa autonomia poder abrir mão de parcela de nossa liberdade e conferi-la ao Estado; se, porém, sempre houve a atribuição de direitos e deveres em alguma proporção ao longo do tempo, "com a emergência do sujeito-de-direito aconteceu a constituição de uma nova forma de assujeitamento, que Pêcheux [...] denominou como a *forma plenamente visível da autonomia."* (LAGAZZI, 1988, p. 20).

Ou seja, o sujeito-de-direito, mesmo submetido a uma infinidade de deveres, se apresenta de uma forma que em seu discurso "transparece" efetivamente aquilo que ele quis dizer, ou seja, aquilo que Orlandi denominou como um "instrumento límpido" do seu pensamento. Ele (teoricamente) diz o que quer, porque é seu direito.

> Submetendo o sujeito, mas ao mesmo tempo apresentando-o como livre e responsável, o assujeitamento se faz de modo a que o discurso apareça como instrumento (límpido) do pensamento e um reflexo (justo) da realidade. Na

> transparência da linguagem, é a ideologia que fornece as evidências que apagam o caráter material do sentido e do sujeito. (ORLANDI, 2009, p. 51)

Assim, a ideia fortalecida socialmente é a de que, se ideologicamente o sujeito-de-direito, apesar de submetido a determinadas responsabilidades – e submetido a dispositivos de controle –, é livre, logo, o conteúdo de seu discurso também o é. A concepção do sujeito-de-direito "foi se configurando, e hoje a responsabilidade é uma noção constitutiva do caráter humano, da pessoa, do cidadão, sem o que não nos reconheceríamos socialmente." (LAGAZZI, 1988, p. 20).

É a naturalização dessa concepção que faz com que o sujeito-de-direito seja crente de que é livre em seu discurso quando na verdade está submetido à ideologia, às condições de produção de seu discurso, à variedade de dispositivos de caráter estatal e moral... Não é natural pensar no sujeito deslocado do contexto social no qual está inserido.

No entanto, é essencial trazer a seguinte diferenciação proposta por Orlandi, entre *sujeito-de-direito* e *indivíduo*:

> O sujeito-de-direito não é uma entidade psicológica, ele é efeito de uma estrutura social bem determinada: a sociedade capitalista. Em consequência, há determinação do sujeito, mas há, ao mesmo tempo, processos de individualização do sujeito pelo Estado. Este processo é fundamental no capitalismo para que se possa governar. (ORLANDI, 2009, p. 51)

A partir da explanação fornecida, serão feitas considerações a respeito de texto e discurso como parte do aporte teórico necessário para a adequada compreensão da análise pretendida com a presente pesquisa.

3.2 TEXTO: UNIDADE DE PARTIDA DO ANALISTA

O texto é a materialidade a partir do qual o analista inicia a interpretação dos enunciados nele contidos. O discurso é o objeto a que se chega pelo dispositivo de análise, pelo processo de dessuperficialização. Enquanto materialidade, apresenta-se de diversas formas, seja a partir de um texto escrito ou de uma fala, de um diálogo, de uma imagem, e até mesmo do silêncio, o qual será tratado em suas particularidades neste estudo.

Assim, da mesma forma que o texto se apresenta de maneiras diversas, os sentidos que ele permite desdobrar dependerão estreitamente da materialidade a partir da qual ele se apresente, porque a materialidade específica, no campo em que opera e nos gêneros em que surge, determina o seu funcionamento. Orlandi nos diz que "A questão do sentido torna-se a

questão da própria materialidade do texto, de seu funcionamento, de sua historicidade, dos mecanismos do processo de significação.” (ORLANDI, 2001, p. 21).

Estudaremos, portanto, como se dá o processo de significação especificamente no discurso enquanto silêncio (em contraste com o dito), apontando a essencial diferença que existe na interpretação dessa forma de comunicar a partir da análise do discurso e a partir da orientação jurídica vigente.

Essa divergência surge do diferente modo como essas áreas encaram a abertura do processo interpretativo.

> A incompletude é a característica de todo processo de significação. A relação pensamento/linguagem/mundo permanece aberta, sendo a interpretação função dessa incompletude, incompletude que consideramos como uma qualidade, e não um defeito: a falta, como temos dito em abundância, é também o lugar do possível na linguagem. É isto que chamamos “a abertura do simbólico”, à qual juntamos o fato de que a questão do sentido é uma questão que não se fecha pois é uma questão filosófica (P. Henry, 1981). (ORLANDI, 2001, p. 19)

Essa digressão se faz necessária, portanto, já que, conforme apresentado por Orlandi, enquanto a incompletude permite a abertura para a interpretação e enriquece o processo de análise para a AD, o âmbito jurídico caminha para a unificação de interpretação e garantia da ordem jurídica, funcionando como controle de caráter pragmático. Ou seja, trabalha-se aqui com dois campos e dois movimentos que permanecerão em tensão: a estabilidade e a dispersão, o fechamento e a abertura.

Essa tensão está presente e traduz, de certa forma, a dicotomia presente entre o natural e o social, já que a incompletude é característica do primeiro, mas a sobrevivência do segundo prescinde de uma série de normas e preceitos que tornem tudo ao nosso redor compreensível e administrável de alguma forma, tal como o percebeu Pêcheux (2002, p. 33): “O sujeito pragmático – isto é, cada um de nós, os ‘simples particulares’ face às diversas urgências de sua vida – tem por si mesmo uma imperiosa necessidade de homogeneidade lógica”. E isso se traduz no dia a dia, seja por pequenas coisas que carregamos conosco para controle de nossos movimentos (chaves e documentos, por exemplo), seja pelas decisões que precisam ser tomadas diariamente, seja pelas coisas que precisamos administrar tecnicamente – tudo, diz o autor, em função da necessidade de um mundo normatizado.

3.3 DISCURSO E IDEOLOGIA

As mais diversas interpretações de qualquer modalidade de discurso são possíveis diante da ideologia que aquele discurso possa manifestar, e das características próprias do sujeito, da exterioridade e de sua historicidade. Ou seja, quando sujeitos diferentes analisam um texto, interpretações diversas serão possíveis porque se relacionam com a inclinação ideológica de cada um daqueles que têm contato com o texto. Se o texto é a unidade com que o analista trabalha e da qual precisa partir, a própria constituição subjetiva pressupõe "processos em que há transferências, jogos simbólicos dos quais não temos o controle e nos quais o equívoco – o trabalho da ideologia e do inconsciente – estão largamente presentes." (ORLANDI, 2009, p. 60). Isso significa que dizeres e interpretação estão vinculados a lugares, campos de filiação de sentidos variados, e nunca meramente homogêneos.

Sendo assim, compreende-se que a análise do discurso jurídico também deve levar em conta a ideologia, a historicidade, a posição que o sujeito ocupa e demais fatores que justifiquem a mencionada análise. No entanto, todos os elementos mencionados devem ser extraídos das possibilidades que o próprio texto permite, em seu dizer ou não dizer.

Quando o operador do Direito preocupa-se em identificar a intenção do legislador, ele excede os limites do texto e torna subjetiva a análise, afastando-se do objetivo principal, que é uniformizar o entendimento que é decorrente da norma. Essa intenção, por sua vez, e conforme já ventilado, decorre do fato de que a ordem jurídica e social dependem da uniformização da interpretação da norma jurídica, que tem como finalidade principal a garantia dos direitos constitucionais de toda a sociedade. Ou seja, a norma jurídica nada mais é do que um dos meios pelo qual satisfazem-se os interesses sociais, e, consequentemente, mantém-se o poder e a ordem.

A norma tem em sua origem, conforme dito, a garantia dos direitos constitucionais para satisfação dos interesses sociais e manutenção do poder legitimado. Se for interpretado de maneira diversa da pretendida, corre-se o risco de que o objetivo ali pretendido não seja alcançado, pondo em risco todo o sistema social. Por essa razão, enquanto para a análise do discurso o gesto interpretativo se apresenta enquanto possibilidade, para o ordenamento jurídico vigente se apresenta como risco, ou seja, não alcançar o objeto pelo qual a norma foi editada. Analiticamente, então, temos aí um conflito a ser trabalhado e explicado.

A hipótese a ser testada neste estudo é justamente, então, se é possível a pretensão jurídica de estabilizar uma interpretação, calando todas as outras possibilidades, quando

sabido que da fala advém naturalmente o gesto interpretativo, tão natural quando o ato de respirar.

Ora, os enunciados com que temos contato, constantemente, automaticamente nos geram sentimentos, reações, conclusões, análises. Quando perguntamos, por exemplo, para alguém "Viste a nova propaganda da marca x?", temos que esta pessoa normalmente dará de imediato sua opinião a respeito, caso a tenha visto. Algo como "Sim, achei bastante divertida/criativa".

A opinião decorre do gesto interpretativo, e este, por sua vez, da ideologia que aquele discurso carrega em determinado contexto. O que o Direito pretende é a vedação de processo naturalmente construído. Orlandi esclarece que "A ideologia se produz justamente no ponto de encontro da materialidade da língua com a materialidade da história". (ORLANDI, 2002, p. 20).

No caso em apreço, com a vedação do gesto interpretativo em relação ao acusado que permanece em silêncio durante o interrogatório, o legislador, na realidade, alcançou somente o silenciamento dessa interpretação, ou seja, a vedação de sua menção nos autos judiciais da expressão da ideologia de que "quem cala consente".

Toda a tentativa jurídica é contrária ao pensamento de Pêcheux, "quando ele considera que a ideologia não funciona como um mecanismo fechado (e sem falhas) nem a língua como um sistema homogêneo." (ORLANDI, 2002, p. 19).

Essa intenção jurídica de vedar a interpretação negativa do silêncio do acusado nos interrogatórios ainda colide com a ideologia da comunicação. Ou seja, foi socialmente construída uma coação à palavra (do dizer), que – teoricamente – resolve os problemas de entendimento e os desconfortos gerados pelo silêncio. Em suma, a palavra gera o que o silêncio não traz, que é a sensação de empoderamento do dizer e segurança no que se quer comunicar.

> *Na comunicação, no sentido moderno do termo, já não há lugar para o silêncio, há uma coacção da palavra, de ser obrigado a falar, de dar testemunho, porque a "comunicação" é tida como a resolução de todas as dificuldades pessoais e sociais. Neste contexto, o pecado é o comunicar "mal" e, ainda mais repreensível, mais imperdoável, é ficar calado.* (LE BRETON, 1999, p.12, itálico no original)

Inclusive, inexistindo a ideologia da fala e, como disse Le Breton, do pecado em se permanecer calado, não haveria razão para a existência da vedação legalmente estabelecida, objeto deste estudo.

> *As ideologias modernas da comunicação prosperam sobre este pano de fundo histórico, a memória (sem dúvida esquecida pelos seus actuais protagonistas) do segredo que presidiu à* shoah *e à necessidade de nunca deixar que o silêncio se instalasse. Mas há palavras e palavras, silêncio e silêncio.* (LE BRETON, 1999, p. 13*,* itálico no original)

Assim, tem-se que o silêncio carrega um histórico de rejeição em comparação com o dizer, e que, assim como a ideologia do "quem cala consente", produzirá efeitos no gesto interpretativo.

3.4 O PRINCÍPIO DA SIGNIFICAÇÃO

A significação não se consubstancia apenas nas palavras que correspondem ao que se quer significar, mas, além disso, perfaz-se em gestos, ou mesmo em um fato, razão pela qual se admite a plena significação do próprio silêncio, que, embora ausente de palavras, é uma atitude do sujeito do qual explodem os sentidos.

Tão forte é a produção de sentidos relacionada ao silêncio, que é ele próprio o responsável pela produção de sentidos nas palavras. Sem os blocos de silêncio não haveria nada entre o dizer, que resultaria em um aglomerado de palavras sem sentido. Vemos, portanto, que o silêncio é o responsável do sentido do dizer.

> O silêncio é [...] a "respiração" (o fôlego) da significação; um lugar de recuo necessário para que se possa significar, para que o sentido faça sentido. Reduto do possível, do múltiplo, o silêncio abre espaço para o que não é "um", para o que permite o movimento do sujeito. (ORLANDI, 2002, p. 13)

Ademais, porque o silêncio do acusado consubstancia-se ainda no silenciamento determinado pelo seu procurador (advogado), que entende como melhor estratégia que aquele esteja calado, é que ele produz sentido, porque, ainda que inconscientemente, o não dito remete ao dito, produzindo inevitavelmente uma significação.

Orlandi nos traz ainda a seguinte distinção:

> a) o silêncio fundador, aquele que existe nas palavras, que significa o não-dito e que dá espaço de recuo significante, produzindo as condições para significar e b) a política do silêncio que se subdivide em b1) silêncio constitutivo, o que nos indica que para dizer é preciso não-dizer (uma palavra apaga necessariamente as "outras" palavras) e b2) o silêncio local, que se refere à censura propriamente (aquilo que é proibido dizer em uma certa conjuntura). (ORLANDI, 2002, p. 23-24)

O silêncio objeto da análise neste estudo é uma forma amenizada do silêncio local, já que é dado como direito, não como obrigação, ou seja, aquele produto da orientação

do advogado para que o acusado permaneça calado durante o interrogatório, que não é necessariamente uma censura ao que é "proibido" dizer, mas que reflete a melhor estratégia processual para o momento.

Como vimos, enquanto a língua visa o empoderamento dos sentidos, ao controle da comunicação, o silêncio caminha em sentido antagônico, e por não haver as conduções (ainda que abertas) da fala, dispersa de uma forma mais ampla, e significa de maneiras ainda mais diversas do que o dizer.

> O ato de falar é o de separar, distinguir e, paradoxalmente, vislumbrar o silêncio e evitá-lo. Este gesto disciplina o significar, pois já é um projeto de sedentarização do sentido. A linguagem estabiliza o movimento dos sentidos. No silêncio, ao contrário, sentido e sujeito se movem largamente. (ORLANDI, 2002, p. 29)

Frisando o já dito no tópico anterior, não fosse a comprovada capacidade do silêncio em significar, sequer faria sentido editar uma norma jurídica que visasse a inibir esse movimento. Segundo Orlandi, não há escapatória para esse processo, pois como humanos estamos condenados a significar; o simbólico é parte da constituição humana: "Com ou sem palavras, diante do mundo, há uma injunção à "interpretação": tudo tem que fazer sentido (qualquer que ele seja)." (ORLANDI, 2002, p. 32).

Iremos imergir, então, no silêncio propriamente dito e suas particularidades, o que trará o aporte teórico necessário para a compreensão adequada da análise proposta.

4 EXPLORANDO O SILÊNCIO

4.1 QUEM CALA CONSENTE

Em relação à expressão “quem cala consente”, foi realizada uma busca com o intuito de encontrar bibliografia confiável que explicasse sua origem; no entanto, não foi obtido êxito nesse sentido. O que se encontra são artigos de sites estudantis na internet, bem como algumas expressões em latim que podem contribuir para a inferência de uma possível origem dessa declaração.

Segundo Maior (2005), desde o século XIII a expressão “quem cala consente” significa que aquele que não se contrapõe a uma alegação concorda com ela. Acrescenta que a expressão está presente em várias línguas, como o inglês “silence gives consent” e o espanhol “quien calla otorga”. Ainda, que a expressão teria sido cunhada por Bonifácio VIII, Papa entre 1294 e 1303, em uma de suas decretais:

> As decretais eram cartas dos papas medievais em resposta a consultas populares. “O que o líder do clero decidia acabava virando lei”, afirma Ricardo da Costa, professor de História Medieval da Universidade Federal do Espírito Santo. “Era uma das formas de o direito canônico combater as leis orais, baseadas em tradições e superstições.”
> Por causa de suas bulas e decretais, Bonifácio VIII foi seqüestrado e morto a mando de Filipe IV, o Belo. O rei da França não concordava com as idéias de Bonifácio, que isentou a Igreja de impostos e declarou o poder dos papas superior ao dos reis. Com sua queda, a Igreja teve que se calar e consentir a retomada de poder da monarquia. (MAIOR, 2005)

Não se sabe exatamente em que ocasião a declaração foi utilizada, mas admite-se que, possivelmente, a partir da decretal do Papa Bonifácio VIII a expressão foi legitimada ou reforçada, e também seu conteúdo, ou seja, aquele de que quem não contrapõe uma alegação, a confirma. Isto porque a expressão remonta a épocas pretéritas à existência do Papa Bonifácio VIII, a exemplo do axioma jurídico antigo “qui tacet, consentire videtur”, que significa “quem cala parece consentir”. (BUSARELLO, 1998, p. 323).

Percebe-se de imediato que a tradução do axioma significa “quem cala *parece* consentir” e não “quem cala consente”, ou seja, na sua origem a expressão carregava o benefício da dúvida, sendo posteriormente deslocada para a que conhecemos hoje (deslizamento de sentido). Ela seria, portanto, matizada.

Da expressão original, “quem cala parece consentir”, permite-se que haja a interpretação de que a pessoa consente, mas fica muito claro que se trata de uma suposição a

partir do silêncio, mas jamais de algo absoluto. Em resumo, a partir deste silêncio não se prova nada.

No entanto, com o deslocamento ocorrido historicamente, substituindo-se "quem cala parece consentir" para "quem cala consente", a expressão passa a ter um significado absoluto: de que aquele que permanece em silêncio concorda com o que é dito.

Várias outras máximas corroboram o entendimento de que houve um deslocamento da expressão original de que "quem cala parece consentir", como, por exemplo, o aforismo jurídico "áliud est celare, áliud tacere", que significa que "uma coisa é ocultar, outra é calar" (BUSARELLO, 1998, p. 321). Ora, se ocultar é uma coisa e calar é outra, então o silêncio jamais poderia ser argumento de culpa, já que não estaria necessariamente ocultando uma confissão.

Esse entendimento é corroborado pelas máximas "nemo secure lóquitur, nisi qui libenter tacet", que significa "ninguém fala com acerto, senão o que voluntariamente cala", e "nulli tacuisse nocet" ("nocet esse locutum") que significa: a ninguém faz mal ter calado (prejudica, porém, ter falado) (BUSARELLO, 1998, p. 322).

Essa última expressão, por sua vez, lembra os "Miranda Rights", ou Direitos de Miranda, explicitados pela polícia americana ao prender um suspeito, ocasião em que é dito: "Você tem o direito de permanecer em silêncio; tudo o que você disser poderá e deverá ser usado contra você no tribunal. Você tem o direito de ter um advogado presente durante qualquer interrogatório. Se você não puder pagar um advogado, um defensor lhe será indicado."

No Brasil, previsão análoga está contida na Constituição Federal de 1988, no artigo 5º, inciso LXIII, onde consta que "o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado." (BRASIL, 1988).

De toda forma, ainda que seja nebulosa a origem específica da máxima "quem cala consente", é possível concluir que houve um deslocamento até que ela se tornasse a expressão que conhecemos hoje, devendo essa questão ser levada em consideração para análise adequada de seu uso no âmbito jurídico.

Le Breton, por seu turno, traz uma compreensão diferente a respeito do ato de calar-se e de seus efeitos. O autor pondera inicialmente que "calar-se é uma forma extrema de defesa, em que se equilibram vantagens e inconvenientes." (LE BRETON, 1999, p. 84).

Viu-se que o efeito ideológico do dito popular "quem cala consente" é um inconveniente bastante presente no ato de permanecer em silêncio, na maioria dos casos,

desembocando em uma interpretação de ordem negativa. O mencionado autor, no entanto, traz um novo viés para o dito historicamente construído:

> Quando o indivíduo solicitado se cala, costuma-se dizer "quem cala consente". Afirmação de caráter duplo. O silêncio vale como aprovação, cauciona o acontecimento para o bem e para o mal. De boa ou má vontade dá um aval. Tal atitude pode nascer da cumplicidade afectiva, com o indivíduo a aderir à situação sem sentir necessidade de fazer comentários inúteis. Um eventual sorriso, um gesto com a mão, acompanham, por vezes, a aquiescência. Mas a expressão está bem associada à ausência de escolha daquele que é colocado perante o facto consumado, por impossibilidade pessoal de responder de outra maneira. Ao permanecer silencioso, o indivíduo procura salvar a face, é obrigado a calar-se e aceitar as circunstâncias, mas não deseja participar. Falar seria uma tagarelice inútil. O silêncio, então, revela-se um sinal amargo de uma dignidade mal tratada, uma fuga que deixa toda a latitude ao acontecimento. (LE BRETON, 1999, p.101)

Vemos que o autor compreende o silêncio, então, sob duas vertentes: primeiro, da forma sugerida pelo dito popular "quem cala consente", ou seja, no sentido do assentimento. Em segundo plano, trata-se não mais de assentimento, mas de uma recusa à situação por meio do silêncio, já que falar seria inútil, não traria nenhum efeito prático.

Explicando melhor, o autor quer dizer que em alguns momentos o silêncio não expressa concordância, mas, ao contrário, trata-se de uma tentativa de evitar um diálogo indesejado, de inviabilizar a conversação e, consequentemente, de uma forma de resistência. Nas palavras do autor:

> A retenção da palavra traduz muitas vezes a tentativa de conservar o controlo da comunicação, de não se achar implicado num intercâmbio não desejado, é uma postura de observação, de escuta. Permite ver a chegada, esperando o momento favorável, sem mostrar a sua eventual vulnerabilidade ou as suas dúvidas. (LE BRETON, 1999, p.79-80)

Vê-se aqui a clara manifestação da ideologia da fala frustrada pelo silêncio, já que "ao calar-se, o outro manifesta o pleno poder da sua posição, deixa a sua vítima na dúvida sobre o que lhe convém fazer, reduze-a à impotência." (LE BRETON, 1999, p. 80).

Encontramos, então, dois fatores problemáticos em relação à opção do acusado em permanecer em silêncio, que são: primeiro, a ideia de aquiescência trazida pela ideologia do dito popular "quem cala consente" e, depois, a de que, ainda que haja resistência, nada pode ser feito em relação àquela afirmação, sendo o silêncio adequado para evitar diálogos desnecessários.

Pensando nisso, o autor fez a ressalva de que nem sempre o silêncio é prudente, especialmente quando há algo que possa ser dito para esclarecer os fatos: "Não que a prudência exija sempre o silêncio em vez da palavra, por vezes o inverso é verdadeiro, quando

uma desculpa é conveniente, como desligar-se publicamente de uma opinião revoltante, por exemplo.” (LE BRETON, 1999, p. 81). No caso do acusado que permanece em silêncio, é esta a conclusão que decorre naturalmente da posição que este ocupa, “ora, se o acusado fosse inocente, certamente tentaria eximir-se da culpa e esclarecer os fatos”. Em suma, se nada disse, é porque nada haveria a dizer em sua defesa.

4.2 A PRODUÇÃO DO SENTIDO PELO SILÊNCIO

Vimos que o silêncio é responsável pela produção de sentidos nas palavras, sem o qual o dizer não encontra sentido. Faremos a análise do sentido contido no silêncio em si, e não no dizer que dele é dependente, ou seja, do sentido do não dizer, do calar, do silenciamento.

Inicialmente, é importante esclarecer que, assim como o processo de significação, o sentido das palavras será diverso do sentido contido no silêncio, já que a materialidade é radicalmente diferente.

> Há uma diferença radical entre estar no sentido com as palavras e estar no sentido em silêncio. Isto faz parte da nossa forma de significar, de nossa maneira de estabelecer uma relação com o mundo, com as coisas, com as pessoas, com nós mesmos, com a realidade natural e social. (ORLANDI, 2001, p. 128)

A forma como tratamos o silêncio é extremamente diferente da forma como tratamos as palavras. Isto porque a forma como nos colocamos diante de um discurso depende de todo o contexto no qual estamos inseridos, bem como do próprio contexto no qual o discurso foi produzido. O silêncio significa, mas não fala, ele é materialmente diferente em sua forma significante: “Se traduzimos o silêncio em palavras há transferência, logo, deslizamento de sentidos, o que produz outros efeitos.” (ORLANDI, 2001, p. 129).

Ou seja, não há como pretender traduzir o silêncio e submetê-lo ao mesmo gesto interpretativo aplicado nas palavras, já que este apresenta particularidades relevantes e que são consequência de sua materialidade.

É importante também acrescentar que a produção de sentidos do silêncio é muito mais ampla e expressiva do que aquela que decorre das palavras. Enquanto naquele há uma amplitude incontrolável de interpretações, nesta, ainda que não de uma forma tão concreta quanto se crê, há direcionamento, condução.

Orlandi descreve essa situação de uma forma bastante poética ao afirmar que o “silêncio que atravessa as palavras, que existe entre elas, ou que indica que o silêncio pode

sempre ser outro, ou ainda que aquilo que é o mais importante nunca se diz, todos esses modos de existir dos sentidos e do silêncio nos levam a colocar que o silêncio é 'fundante'". (ORLANDI, 2002, p. 14)

Se o silêncio pode sempre ser outro, dificilmente será possível estabilizar sua interpretação, como pretendido no âmbito jurídico.

4.3 O SILÊNCIO ENQUANTO DISCURSO INTERPRETÁVEL

Vimos no tópico anterior que o silêncio enquadra-se perfeitamente na condição de discurso, haja vista significar tanto quanto as palavras e ser igualmente capaz de prover sentidos. Compreendido enquanto discurso, o silêncio pode ser igualmente submetido a interpretações, tanto quanto o dizer.

Em Análise do Discurso, "O gesto da interpretação se dá porque o espaço simbólico é marcado pela incompletude, pela relação com o silêncio. A interpretação é o vestígio do possível. É o lugar próprio da ideologia e é 'materializada' pela história." (ORLANDI, 1998, p. 18).

No entanto, em termos jurídicos a "interpretação é a atividade que consiste em extrair da norma seu exato alcance e real significado. Deve buscar a vontade da lei, não importando a vontade de quem a fez (LICC, art. 5º)." (CAPEZ, 2009, p. 61). Ou seja, estabilizar o objeto do saber.

Em que pese, tanto na AD quanto em termos jurídicos, não importar a vontade de quem produz o discurso, mas aquilo que ele oferece; enquanto para a primeira ciência o discurso é o local do possível, de abertura e de incompletude, para a segunda ciência a norma deve ser fechada, com determinado alcance e significado único. No entanto, dizer que apenas é possível uma interpretação, como pretendido nas normas jurídicas, é dizer que não há interpretação, mas tão somente um único caminho a seguir, contrariando o entendimento que é perspectivado em Análise de Discurso, onde "partimos do princípio de que há sempre interpretação. Não há sentido sem interpretação. Estabilizada ou não, mas sempre interpretação. Essa afirmação é a negação do princípio da literalidade." (ORLANDI, 1998, p. 21).

Poder-se-ia dizer, a partir do mencionado entendimento de Orlandi, que o que os operadores jurídicos pretendem é, então, estabelecer em nível estatal uma intepretação estabilizada para a norma. No entanto, esta também se consubstancia em uma utopia, já que a interpretação depende de um momento histórico e de como a sociedade se apresenta naquele

momento. Mudando esses fatores, muda também a interpretação. De fato: a interpretação "sempre se dá de algum lugar da história e da sociedade e tem uma direção, que é o que chamamos de política. Desse modo, sempre é possível apreender a textualização do político no gesto de interpretação." (ORLANDI, 1998, p.18-19).

Pode-se dizer que a interpretação não só se verifica em algum lugar da história e da sociedade, mas também atende à necessidade daquele momento histórico e da sociedade. A exemplo disso, temos a interpretação do conceito de família, antes compreendido juridicamente como homem e mulher que se unem com a finalidade de coabitar e ter filhos, e que atualmente foi ampliada, abarcando os casais homossexuais, poligâmicos e também aqueles casais heterossexuais que não pretendem ter filhos para atender aos anseios sociais.

Assim, o "equívoco" jurídico reside na tentativa de controle do processo de interpretação, visando à segurança jurídica, quando, na verdade, esta segurança depende do movimento que a interpretação permite. Dizer o que pode ou não ser extraído de determinada norma, o que pode ou não ser compreendido a partir de determinada postura dos sujeitos processuais pode até trazer a sensação de segurança pretendida, mas cabe verificar se é algo realmente possível.

No que tange à interpretação do silêncio pela análise do discurso, temos que "para nós, o sentido do silêncio não é algo juntado, sobreposto pela intenção do locutor: há um sentido no silêncio. O silêncio foi relegado a uma posição secundária como excrescência, como 'resto' da linguagem." (ORLANDI, 2002, p. 12).

O silêncio não só não é resto da linguagem, como também não é contrário a ela: ambos são significantes e possuem ligação mútua que permite essa significação, como explica Le Breton (1999, p. 17, itálico no original): "*O silêncio não é um resíduo, uma escória a ser rejeitada, um vazio a preencher, mesmo quando a preocupação do demasiado cheio da modernidade se esforça incansavelmente por erradicá-lo para induzir uma permanência sonora.*". O que é ratificado por Orlandi (2002, p. 23): "se a linguagem implica silêncio, este, por sua vez, é o não-dito visto do interior da linguagem. Não é o nada, não é o vazio sem história. É silêncio significante."

Importa ainda distinguir o silêncio do implícito porque este, apesar de não expresso formalmente, por estar contido em uma proposição, dependendo dela, já o silêncio "não tem uma relação de dependência com o dizer para significar: o sentido do silêncio não deriva do sentido das palavras." (ORLANDI, 2002, p. 68).

4.4 PAPEL SELETIVO DOS CONTEXTOS

Sendo o discurso um processo em curso, trata-se de uma prática, que em princípio não se fecha. Nas palavras de Orlandi, essa situação se faz clara:

> A condição da linguagem é a incompletude. Nem sujeitos nem sentidos estão completos, já feitos, constituídos definitivamente. Constituem-se e funcionam sobre o modo do entremeio, da relação, a falta, do movimento. Essa incompletude atesta a abertura do simbólico, pois a falta é também o lugar do possível. Entretanto, não é porque o processo de significação é aberto que não seria regido, administrado. Ao contrário, é pela sua abertura que ele também está sujeito à determinação, à institucionalização, à estabilização e à cristalização. Esta é ainda uma maneira de referir a linguagem aos limites moventes e tensos entre a paráfrase e a polissemia. (ORLANDI, 2009, p. 52)

É por essas razões que, dos mais diversos discursos, é possível extrair os tipos de interpretação oriundos de diversos pontos de vista que decorrem do sujeito ouvinte. Alguns deles são aparentemente mais simples e objetivos, e outros mais complexos e fundamentados. O processo de paráfrase remete àquilo que se repete, em movimento contínuo de retomada, aliás necessário para o processo ordinário de compreensão e comunicação nas línguas, guardado na memória interdiscursiva e de arquivo; rotula-se, de praxe, como o *mesmo*; o processo de polissemia retrata o movimento contrário e inevitável, proposital ou inconsciente, de deslizamento, deslocamento, quebra, em função do próprio movimento de mudança das línguas e de criações, artísticas ou não; manifesta-se como o *outro*, o diferente. A condição da linguagem é mover-se entre esses dois vetores.

O entendimento expresso por Orlandi acompanha o já enunciado por Ricoeur:

> A polissemia das palavras recorre, em contrapartida, ao papel seletivo dos contextos relativamente à determinação do valor atual que adquirem as palavras numa mensagem determinada, veiculada por um locutor preciso a um ouvinte que se encontra numa situação particular. A sensibilidade ao contexto é o complemento necessário e a contrapartida inelutável da polissemia. (RICOEUR, 1983)

Entende-se, portanto, que a produção do sentido que decorre do discurso – neste caso, do silêncio – assume um estatuto diferente diante do contexto no qual as palavras são inseridas. Sendo assim, já é possível construir o raciocínio de que o sentido produzido pelo silêncio do réu enquanto acusado assumirá valor diferente daquele produzido pelo réu enquanto cônjuge em uma ação de divórcio, por exemplo. Isto ocorre pela ideologia que o discurso do réu carrega enquanto acusado, aquela de que silencia quem não tem fundamentos para sustentar uma defesa cabível. Em termos populares: a ideologia manifestada no enunciado “quem cala, consente”.

As mais diversas interpretações de qualquer modalidade de discurso são possíveis diante da ideologia implicada naquele discurso, e das características próprias do sujeito, da exterioridade e de sua historicidade.

Compreende-se que a análise do discurso jurídico também deva levar em conta a ideologia, a historicidade, as posições que os sujeitos ocupam e demais fatores que justifiquem a mencionada análise. “Compreender o que é efeito de sentidos é compreender que o sentido não está (alocado) em lugar nenhum mas se produz nas relações: dos sujeitos, dos sentidos [...] (ORLANDI, 2002, p. 20).

Ou seja, é preciso admitir que o sentido depende da posição dos sujeitos na relação discursiva. Ademais, o sentido do silêncio enquanto discurso assume um significado diferente de acordo com cada contexto em que esteja inserido, em sua partilha com palavras e na historicidade do jogo de que se participa, em que os efeitos são produzidos pelas relações estabelecidas. Daí a necessidade do equívoco, do sem-sentido, do sentido ‘outro’ e, consequentemente, do investimento em ‘um’ sentido.” (ORLANDI, 2002, p. 21-22).

Apenas a título exemplificativo, vamos analisar o silêncio em dois contextos bem distintos: o primeiro, da mulher que sofre agressão física no ambiente familiar; o segundo, objeto desta pesquisa, do acusado que permanece em silêncio durante o interrogatório.

Para tornar mais vívidos os contextos, e, consequentemente, mais rico o exemplo, trazemos as imagens abaixo. Não faremos aqui uma análise profunda das imagens, com as particularidades do discurso que se apresenta nessa materialidade; apenas extrairemos o contexto que cada uma nos traz, objeto deste item.

Na Figura 1, temos uma mulher jovem sendo calada por uma mão masculina em uma campanha contra a agressão feminina no âmbito familiar. A mulher apresenta ainda um hematoma no olho direito, provavelmente fruto de um soco. Abaixo, os dizeres “silence hurts – o silêncio dói” e um número para denúncias.

Figura 1 – Peça Publicitária

Fonte: <https://www.google.com.br/search?q=interpreta%C3%A7%C3%A3o+do+sil%C3%AAncio&espv=2&source=lnms&tbm=isch&sa=X&ved=0ahUKEwjnury8iMzSAhUHQ5AKHcojDgoQ_AUIBygC&biw=1280&bih=694#tbm=isch&q=agress%C3%A3o+feminina+sil%C3%AAncio&*&imgrc=ewnDyjr_wipBFM:>

Na Figura 2, por sua vez, temos um interrogatório em processo criminal; o acusado ocupa uma cadeira ao centro da sala de audiência, em frente ao juiz, ao promotor, aos advogados e aos servidores públicos, todos bem vestidos. O acusado, por sua vez, está vestindo o uniforme da penitenciária ou presídio onde aguarda julgamento, na cor laranja com o dizer “interno”.

Figura 2 – Audiência

Fonte: <https://www.google.com.br/search?q=interpreta%C3%A7%C3%A3o+do+sil%C3%AAncio&espv=2&source=lnms&tbm=isch&sa=X&ved=0ahUKEwjnury8iMzSAhUHQ5AKHcojDgoQ_AUIBygC&biw=1280&bih=694#tbm=isch&q=audi%C3%AAncia+interrogat%C3%B3rio+r%C3%A9u&*&imgrc=D1WJZLjk1R7qyM:>

Vemos que o primeiro tipo de silêncio está inserido em um contexto de fragilidade; é o silêncio de uma mulher que sofre calada por medo. No segundo, o contexto também é o da fragilidade, mas em decorrência da acusação, da suspeição pela ocorrência de um ilícito penal. Estando inseridos em contextos diferentes, os silêncios assumirão naturalmente sentidos diferentes.

O silêncio, como visto anteriormente, não pode ser reduzido ao “nada”; pelo contrário, “há silêncios múltiplos: o silêncio das emoções, o místico, o da contemplação, o da introspecção, o da revolta, o da resistência, o da disciplina, o do exercício do poder, o da derrota da vontade etc.” (ORLANDI, 2002, p. 44).

No primeiro contexto extraímos essencialmente (pode haver outros) o silêncio da derrota da vontade, do medo, enquanto no segundo, quando o acusado opta por permanecer

em silêncio, há uma gama de sentidos possíveis, podendo ser o do consentimento, o do conformismo ou mesmo da resistência. Por isso, Orlandi afirma que "as palavras são múltiplas, mas os sentidos também são." (ORLANDI, 2002, p. 29).

A vedação jurídica de interpretação negativa do silêncio do acusado decorre justamente do contexto em que o interrogado está inserido (condições de produção); a norma não seria necessária caso o contexto não lhe fosse desfavorável e a interpretação tendesse à negatividade.

Estabilizar a interpretação do silêncio do acusado nos interrogatórios, como pretendido juridicamente, ou mesmo vedar a interpretação desse discurso, é uma utopia inalcançável, dado que não há estabilidade de sentido pela própria circulação social. "Dando lugar a todas as possibilidades, ele coloca o homem na indecisão ou no mal-entendido quando as circunstâncias não permitem chegar a uma conclusão inequívoca." (LE BRETON, 1999, p.75).

Le Breton, inclusive, assevera que os nômades Maraziq, do Sul da Tunísia, dizem "quem se cala recusa, quem se cala consente", elucidando que o significado vai sempre depender do contexto, dos hábitos culturais, justamente porque "o silêncio não é uma substância, mas uma relação" (LE BRETON, 1999, p. 77) :

> Não há qualquer significado anterior ao silêncio, este não incarna nenhuma verdadeira evidência que seja suficiente, por si, para impor uma realidade incontestável. A sua ambiguidade expõe os seus hábitos ao mal-entendido ou move-se numa área de projecção susceptível de provocar reações inesperadas. Os nómadas Maraziq, do Sul da Tunísia, de acordo com Louis Massignon, dizem: "Quem se cala recusa, quem se cala consente." [...] A sua polissemia torna-o disponível para usos múltiplos, compreendê-lo exige o apreender a situação concreta em que ele se insere. (LE BRETON, 1999, p. 77)

Especialmente no que tange ao acusado, o silêncio assume um sentido que decorre da expectativa da fala, da contestação. Ora, o hábito da fala nos impele naturalmente à explicação dos fatos, da resistência verbal, do esclarecimento, quando algo que a respeito do qual não concordamos nos é atribuído. "O silêncio adquire um significado que não pode ser concebido fora dos hábitos culturais da fala, fora do estatuto de participação de quem fala, fora das circunstâncias e do conteúdo da comunicação e da história pessoal dos indivíduos em presença." (LE BRETON, 1999, p.76).

Le Breton, no entanto, sustenta que o silêncio pode assumir forma de oposição, desde que a recusa seja clara: *"O silêncio transforma-se numa forma de oposição quando nos*

calamos deliberadamente para traduzir uma recusa, uma resistência pessoal a alguém ou a uma situação." (LE BRETON, 1999, p. 20, itálico no original).

No entanto, esclarecemos que o contexto jurídico onde está o acusado incita ao esclarecimento, à contestação verbal que sustentaria a sua retirada da condição de suspeito com muito mais preponderância, em detrimento da interpretação do silenciamento enquanto recusa. Aliás, historicamente observamos que a recusa se apresenta muito mais pelo meio verbal do que a partir do silêncio. Inclusive porque, no caso específico do acusado, para além da recusa, trata-se muito mais de uma estratégia processual que pode decorrer de diversos fatores, a exemplo de inibir a produção de provas do processo ou trazer alegações que poderão ser utilizadas como subsídio para sua condenação.

> Qualquer sistema hierárquico implica uma canalização da palavra, uma manipulação do silêncio que se apresenta como uma zona estratégica de refúgio e, simultaneamente, em relação aos que lhe estão sujeitos, como que uma reserva perigosa de ameaças. (LE BRETON, 1999, p.78)

Portanto, considerando a ideologia suscitada de que "quem cala consente", e admitindo-se que o silêncio produz amplo significado, extrai-se a justifica-se a interpretação costumeiramente negativa dada a essa opção de defesa assumida pelo réu.

5 EFEITOS DE SENTIDO DO SILÊNCIO EM INTERROGATÓRIOS JUDICIAIS BRASILEIROS: QUEM CALA CONSENTE?

O processo penal visa, essencialmente, a oportunizar às partes a produção de todos os meios de prova possíveis relativamente ao que precisa ser apurado, com o objetivo de formar o convencimento do juiz, tornando possível que este prolate uma sentença e cumpra um dos papéis do Estado, que é punir os atos delitivos e manter a ordem social. Ademais, a busca pela verdade é um instinto do ser humano, conforme aponta Queijo: "Aponta-se significativa tendência do espírito humano à busca da verdade sobre os fatos. Entretanto, o conceito de verdade não é unívoco." (QUEIJO, 2012, p. 51).

O ônus da prova, ou seja, a incumbência de diligenciar a fim de trazer provas sobre o que se toma como fato cabe a quem os alega, conforme dispõe o artigo 156 do Código de Processo Penal. Assim, se o Ministério Público alega ser determinada pessoa autora de um crime, é ele o responsável por trazer a prova dessa afirmação. Da mesma forma, ao alegar o acusado ser inocente, deve produzir a respectiva prova.

Tendo isso em mente, a opção do acusado pelo silêncio ao invés de prestar depoimento em seu interrogatório denota mais uma estratégia jurídica do que necessariamente que o acusado não tem nenhum esclarecimento a prestar em seu favor.

Isto porque, se as provas produzidas pelo Ministério Público que requer a instauração do processo penal forem frágeis, o acusado será inevitavelmente absolvido. Em contrapartida, se este tecer informações durante seu interrogatório, terá de produzir provas de suas alegações, o que se demonstra desnecessário e temerário neste caso.

No entanto, a visão ora apresentada requer conhecimento técnico-jurídico: dificilmente um jurado designado para determinado tribunal do júri construirá tal raciocínio espontaneamente. É possível, inclusive, avançar, e arriscar admitir que o próprio juiz, mesmo investido de conhecimento técnico, também haverá de ser afetado por suas convicções pessoais, ou seja, de uma reação não técnica ao silêncio do acusado. Tanto é que, mesmo com a vedação legal da menção ao uso da prerrogativa do direito ao silêncio em desfavor do acusado, e mesmo sob risco de anulação do julgamento, esta menção ainda é realizada, considerando o efeito interpretativo (efeito de sentido) causado.

Com o intuito de aclarar essa situação serão analisadas, então, três decisões judiciais que expressam jurisprudência, com o intuito de exemplificar o tema proposto, ou seja, a realidade vivida pelo acusado que opta pelo silêncio e elucidando as razões para a

análise proposta. Após, será analisado um interrogatório judicial, em que o acusado, mesmo cientificado do seu direito ao silêncio, opta por prestar esclarecimentos ao juíz.

Inicialmente temos a decisão proferida no Tribunal de Justiça do Estado de Roraima, pelo Relator Desembargador Leonardo Cupello, em 17 de fevereiro de 2016, com reforma de uma decisão que se utilizou do silêncio do acusado para imputar-lhe os efeitos da revelia. Vejamos a ementa:

> PENAL. PROCESSO PENAL. ARTIGO 311 DO CP. PRELIMINARES DE INÉPCIA DA DENÚNCIA E NULIDADE DO PROCESSO EM RAZÃO DA REVELIA DECRETADA. PRELIMINARES REJEITADAS. AUSÊNCIA DE NULIDADE. CONDENAÇÃO BASEADA NO SILÊNCIO DO RÉU E REVELIA. IMPOSSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 186 PARÁGRAFO ÚNICO DO CPP. O SILÊNCIO DO RÉU NÃO IMPORTA EM CONFISSÃO. NÃO PODE SER INTERPRETADO EM SEU PREJUÍZO. SENTENÇA REFORMADA PARA ABSOLVER O RÉU. RECURSO PROVIDO EM DISSONÂNCIA COM O PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO GRADUADO. 1. O art. 186 do CPP dispõe que, depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas. Ademais, segundo o parágrafo único do art. 186 do CPP, o silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa 3. Recurso PROVIDO. 4. Sentença reformada. (BRASIL, 2016)

Na decisão podemos verificar o primordial interesse do legislador, ou seja, que ao acusado fosse conferido o direito de permanecer em silêncio como garantia da não autoincriminação, e que este silêncio não poderia importar-lhe, em qualquer hipótese, prejuízo.

Nesse processo a acusado foi denunciado pela suposta prática do crime previsto no artigo 311, do Código Penal, que é o de adulteração de sinal identificador de veículo automotor, punível com pena de reclusão, de três a seis anos, e multa.

O juiz de primeiro grau fundamentou sua decisão em relação à autoria sustentando que “os elementos probatórios levam a creditá-la ao Réu, diante da ausência de prova em contrário, consubstanciada por sua revelia, **pelo seu silêncio em sede policial** e pelo depoimento da Vítima!” (BRASIL, 2016, grifo nosso).

O desembargador que analisou o caso em sede recursal, no entanto, entendeu que a vítima (que foi ouvida em audiência) não trouxe informações suficientes que pudessem comprovar sem dúvidas que o réu sabia da origem ilícita da motocicleta ou em relação à adulteração da placa.

O desembargador ainda frisou que os elementos que sustentaram a fundamentação do juiz de primeiro grau, dentre eles, o silêncio do acusado, não são idôneos para sustentar a sua condenação.

Foi ponderado ainda na decisão, que o dito popular “quem cala consente” não pode sobressair em desfavor da lei, ao afirmar que:

> Ao analisar o princípio do nemo temetur se detegere, constata-se que o acusado não é obrigado a produzir prova contra si mesmo, sendo inviável que, do exercício desse direito, lhe resulte qualquer gravame. Apesar de o ditado popular afirmar que "quem cala consente", como a Constituição Federal assegura ao acusado o direito ao silêncio (art. 5º, inc. LXIII), seu exercício não pode ser interpretado como indício de sua culpabilidade. (BRASIL, 2016)

O desembargador, nesse caso, contrariando o dito popular mencionado por ele próprio e possivelmente até suas convicções pessoais, manteve o rigor legislativo, e segundo ele, diante da fragilidade das demais provas que instruíram o processo, bem como do principio da presunção de inocência, julgou pela absolvição do réu.

Em razão da natureza do crime, esse processo não foi submetido ao Tribunal do Júri, mas vemos que, mesmo tendo sido prolatada por um juiz de primeiro grau, a sentença que foi reformada, não cumpriu o rigor técnico esperado e considerou o silêncio do acusado como fundamento para condenação, tão forte os efeitos que silêncio do acusado causaram no juiz, deslocando-o dessa posição e colocando-o na posição do senso comum onde “quem cala consente”.

Esse fator sustenta o argumento mencionado nessa pesquisa anteriormente, de que até mesmo os juízes, dotados de conhecimento científico a respeito do tema, podem sofrer os efeitos do sentido do silêncio.

A decisão prolatada pela Relatora Desembargadora Osnilda Pisa, do Tribunal de Justiça do Rio Grande Sul, em 29 de julho de 2014, foi mais específica, já que declarou a nulidade do julgamento realizado pelo Tribunal do Júri sustentando que, ao afirmar “que o réu não tem coragem de enfrentar os jurados assumir o que fez e por isso ficou calado”, o assistente da acusação violou explicitamente a previsão contida no Código de Processo Penal.

> APELAÇÃO CRIME. JÚRI. HOMICÍDIO QUALIFICADO E DELITOS CONEXOS. CONDENAÇÃO PELO TRIBUNAL DO JÚRI. APELO DEFENSIVO. NULIDADE POSTERIOR À PRONÚNCIA. MENÇÃO AO SILÊNCIO DO RÉU. OFENSA AO ARTIGO 478, INCISO II, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. OCORRÊNCIA. Imperioso reconhecer que, em plenário, a Assistência à Acusação afirmou "que o réu não tem coragem de enfrentar os jurados assumir o que fez e por

> isso ficou calado". Certo, também, que tal afirmação não é apenas um relatório daquilo que consta no processo quanto às manifestações pessoais do réu, mas sim, verdadeira interpretação negativa do silêncio do réu. Por conseguinte, diante do teor da ata de julgamento, restou demonstrado, de forma incontroversa que, durante os debates, a Assistência à Acusação fez expressa referência ao silêncio do acusado em prejuízo à defesa, pois o objetivo da referência é claro, ou seja, incutir nos jurados o entendimento de que o acusado "ficou calado" por ser culpado, ou dito de outro modo, o silêncio do réu representa sua confissão. E o objetivo da lei de vedar, sob pena de nulidade, qualquer referência ao silêncio do réu, tem como finalidade preservar incólume a garantia constitucional do réu ao silêncio - artigo 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal. Assim, a referência feita ao silêncio do réu, afronta ao disposto no artigo 478, inciso II, da Lei Processual Penal, nulificando o julgamento. Nulidade reconhecida, restando prejudicadas as demais questões... do recurso. Apelo provido. (Apelação Crime Nº 70051820074, Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Osnilda Pisa, Julgado em 29/07/2014). (BRASIL, 2014)

Nesse caso, o acusado respondia pela suposta prática dos crimes previstos no artigo 121, parágrafo 2º, incisos I, III, IV e V, artigo 211 e artigo 217 - A, todos do Código Penal, que são os crimes de homicídio qualificado, destruição, subtração ou ocultação de cadáver e estupro de vulnerável, puníveis com as penas de reclusão, de doze a trinta anos, reclusão, de um a três anos, e multa e reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos, respectivamente.

A vítima foi uma criança de 11 anos, que foi arrastada para um mato, onde, após breve luta corporal foi agredida fisicamente, tendo o autor do crime introduzido dois dedos em seu ânus e em seguida a estrangulado até a morte.

Com a vítima morta, o autor do crime, segundo a narrativa da decisão ora analisada, ateou fogo no corpo da vítima, com o fim de encobrir o crime, o que não se consumou em totalidade pelo fato de que o álcool não era suficiente para queimar o corpo por completo.

Pela natureza do crime, então, o julgamento foi submetido ao crivo do Tribunal do Júri, sendo que no momento do interrogatório do acusado em plenário, este optou por permanecer em silêncio.

Nesse caso, não houve sequer uma atribuição negativa velada ao silêncio do interrogado, mas uma tentativa explícita do assistente de acusação em induzir os jurados ao raciocínio de que, se inocente fosse, o acusado teria algo a dizer em sua defesa, acentuando o entendimento de que “quem cala, consente”.

O argumento se sustenta na expectativa de que alguém que não é responsável pela prática de crime tão reprovável quanto o estupro seguido da morte de uma criança de apenas 11 anos, tenha a reação imediata de indignar-se por estar ocupando a posição de acusado, e ponha-se prontamente a demonstrar esse sentimento por meio de esclarecimentos.

Esse foi o raciocínio aflorado pelo assistente da acusação nos jurados que compunham o júri nesse caso, ao afirmar que aquele que é falsamente ou erroneamente acusado de uma barbárie tão grande, põe-se imediatamente à argumentar em seu favor, e que, se o acusado nesse caso assim não procedeu, é porque “não tem coragem de enfrentar os jurados assumir o que fez e por isso ficou calado". (BRASIL, 2014)

A juíza de segunda instância responsável por reanalisar o caso em sede recursal, assim como no caso anteriormente analisado, retomou a pretensão legislativa e anulou o julgamento pela ofensa à previsão legal objeto dessa pesquisa.

A mencionada desembargadora ainda asseverou que “assim, a menção ao fato de o juiz ter pronunciado o réu, o uso das algemas (como se fosse opção do acusado usá-las), o silêncio do réu, são situações que, se manipuladas pela boa oratória do acusador, podem levar os jurados a condenar o réu por essas razões, e não pela prática do crime concreto submetido a julgamento”. (BRASIL, 2014).

Ou seja, a juíza explicita que a opção pelo silêncio aliada a uma boa oratória pode, sim, influenciar na decisão dos jurados, distanciando-os da análise objetiva do crime concreto a respeito do qual se produzem as provas.

Nesse caso mais especificamente, a natureza dos crimes cometidos afloraram ainda mais a situação objeto do estudo. Quanto mais reprováveis forem os crimes sob processamento, maior será a dificuldade popular (e talvez até técnica) de compreender a opção do acusado pelo silêncio e a frieza para assim manter-se quando diante de uma falsa acusação. Por consequência, maior será a influência no que diz respeito a sua culpabilidade e impressão de seu consentimento a respeito dos fatos de lhe são atribuídos.

Por fim, em 29 de maio de 2013, a mesma relatora, em caso análogo, novamente determinou que o acusado fosse submetido a novo julgamento, já que, desta vez, foi o Promotor de Justiça quem apontou diretamente o silêncio do acusado como fundamento para condenação.

O membro do Ministério Público sustentou, em seus debates e alegações, ainda que de forma indireta, que, se o acusado fosse inocente, teria se manifestado, ao menos para confirmar este fato. Ao fazer isto, conforme o entendimento da relatora, o Promotor Público visava evidentemente transmutar para cunho negativo o silêncio do acusado.

> APELAÇÃO CRIME. JÚRI. HOMICÍDIO TENTADO. CONDENAÇÃO PELO TRIBUNAL DO JÚRI. APELO DEFENSIVO. NULIDADE POSTERIOR À PRONÚNCIA. MENÇÃO AO SILÊNCIO DO RÉU. OFENSA AO ART. 478, II, DO CPP. OCORRÊNCIA. Diante do teor da ata de julgamento e das contrarrazões do Ministério Público, tenho que restou demonstrado, de forma incontroversa que,

> durante os debates, o Promotor de Justiça, ainda que de forma indireta, fez referência ao silêncio do acusado em prejuízo à defesa. Desimporta, assim, qualquer esclarecimento quanto ao "contexto da menção em pauta", pois o objetivo da referência é claro, ou seja, incutir nos jurados o entendimento de que um inocente não permaneceria em silêncio, "viria dizer, ao menos, que era inocente". Então, a contrario sensu, quem opta pelo silêncio, como fez o réu, não seria inocente. E o objetivo da lei de vedar, sob pena de nulidade, qualquer referência ao silêncio do réu, tem como finalidade preservar incólume a garantia constitucional do réu ao silêncio - art. 5º, inciso LXIII, da CF. Assim, a referência feita pelo agente ministerial ao silêncio do réu contraria expressa disposição legal, atingindo o núcleo do direito ao silêncio e da garantia fundamental da plenitude de defesa. Portanto, tenho que houve clara ofensa ao art. 478, II, da Lei Processual Penal, motivo pelo qual o réu terá de ser submetido a novo julgamento, restando prejudicadas as demais alegações do recurso. Apelo provido. Revogaram a prisão preventiva. (Apelação Crime Nº 70053275574, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Osnilda Pisa, Julgado em 29/05/2013) (BRASIL, 2013)

O acusado nesse caso estava sendo processado pela suposta prática dos crimes previstos no do art. 121, § 2º, I e IV, na forma do art. 14, inciso. II, ambos do Código Penal, que é o crime de tentativa de homicídio qualificado, punível com reclusão, de doze a trinta anos.

Nesse caso, o autor do crime seguiu a vítima até a sua casa, quando passou a golpeá-la repetidamente utilizando-se de arma branca (faca) no intuito de causar a morte da vítima, o que somente não foi possível em razão da intervenção do filho desta, que lhe arremessou uma pedra. O crime ainda foi motivado em razão de a vítima já ter sido casada com a atual esposa do agressor.

O acusado, que optou por permanecer em silêncio durante o interrogatório, teve suas razões recursais atendidas pelo Tribunal de Justiça e, por consequência, seu julgamento anulado, uma vez que o Ministério Público, por meio do Promotor de Justiça, fez expressa menção ao silêncio do acusado em seu prejuízo.

Em plenário, o Promotor de Justiça teria afirmado em suas razões que se o acusado fosse inocente, jamais teria permanecido em silêncio, mas teria se pronunciado, ao menos, para dizer que era inocente.

A desembargadora, relatora do julgamento do recurso, por sua vez, ponderou que o objeto da referência feita pelo membro do Ministério Público foi claro: o de criar nos jurados a convicção de que um inocente jamais permaneceria em silêncio. Em outras palavras, “quem opta pelo silêncio, como fez o réu, não seria inocente.” (BRASIL, 2013)

Ainda, assim como no caso anterior, a natureza do crime, que foi o da tentativa de homicídio motivada por motivo torpe (os ciúmes do atual marido em relação ao ex-companheiro), corrobora fortemente com a conclusão que o Ministério Público visou gravar nos jurados.

No julgamento do recurso, a desembargadora frisou ainda que a anulação é necessária já que "[...] o objetivo da lei de vedar, sob pena de nulidade, qualquer referência1 ao silêncio do réu, tem como finalidade preservar incólume a garantia constitucional do réu ao silêncio." (BRASIL, 2013)

Vê-se que, mesmo com a clara vedação legal de prejuízo, existe ainda uma tentativa da acusação, seja por meio do Ministério Público ou Assistente de Acusação, de utilizar como artifício, meio probante e argumento, o silêncio do acusado em seu prejuízo.

Parece que interpretação mais imediata que se tem em relação ao silêncio do acusado é a negativa, já que culturalmente a reação dita "adequada" diante de uma falsa acusação seria a da revolta e do esclarecimento. Dulong (2000) mostra que esse entendimento existe e persiste ao fazer a apresentação de seu texto *Le silence comme aveu et le "droit au silence"*:

> Em resposta a uma acusação, o acusado pode responder negativamente, protestando sua inocência, dizendo-se injuriado pela questão posta, acusando por sua vez seu acusador de acusar sem fundamento. Ele pode, ao contrário, responder positivamente, reconhecer a exatidão dos fatos de que é acusado – é isso o que se convém chamar de confissão. Enfim, o acusado pode não responder nada, resmungar ou manifestar de um outro modo sua hesitação [...]. Esta terceira modalidade de resposta equivale também a uma confissão. (DULONG, 2000, p. 25)[1]

No artigo, o autor examina os argumentos que fundamentam a interpretação do silêncio do acusado como confissão de culpa – o que desenvolvemos em seguida.

Seguindo para o interrogatório realizado no processo nº 5002086-89.2015.4.04.7207, autuado em 29/04/2015, às 08:54:17, no Juízo Substituto da 1ª Vara Federal da Comarca de Tubarão/SC, sob os cuidados da juíza Ana Lídia Silva Mello Monteiro é possível extrair o subentendido de que o silêncio pressupõe a culpa a partir da própria escolha de palavras da julgadora. No momento em que passou a advertir o acusado se seus direitos, a juíza assim expôs:

> Então senhor Amilton da Silva Lemos, o momento do seu interrogatório, é o momento que o senhor tem a oportunidade de fazer a sua autodefesa e trazer aí suas explicações né, sua versão dos fatos e justificativas. Tem também garantia do direito ao silêncio né, se o senhor não quiser se manifestar, não quiser respostar nenhuma pergunta que for feita aqui, o senhor pode exercer plenamente esse direito e ele não é interpretado em seu prejuízo, tá?

---

1 A tradução dos recortes do artigo de Dulong (2000) foi realizada por Maria Marta Furlanetto.

Quando a juíza alerta o acusado de que o momento do interrogatório é o momento em que este poderá esclarecer sua versão e realizar autodefesa, o raciocínio diretamente lógico que se constrói é o de que, mantendo-se em silêncio, não há autodefesa a ser realizada.

Ainda, prosseguindo a fase inicial do interrogatório, a juíza continua sua fala, e, em uma falha no discurso, deixa transparecer o pré-construído da culpa quando enuncia inicialmente "a respeito dessa extração irregular" e em seguida corrige-se acrescentando "supostamente irregular de saibro".

> É, então, com relação aos fatos da denúncia aqui que foi lido, a respeito dessa extração irregular, supostamente irregular de saibro, ocorrida em junho de 2014 né, matéria prima que inclusive foi fornecida para Tractebel, é, o senhor confirma esses fatos, não confirma, são verdadeiros ou não?

Ou seja, inicialmente a juíza expressa sua convicção, e posteriormente corrige-se. O acusado, então, expressa sua indignação, respondendo prontamente à pergunta da juíza e pondo-se a esclarecer que os supostos fatos "não são verdadeiros. O que aconteceu foi o seguinte: [...]". Neste interrogatório, o acusado comportou-se exatamente como esperado quando a um inocente é imputado algo inverídico: com indignação e prontidão para esclarecimentos. Para Dulong, o protesto de inocência é a reação hierarquicamente primeira nesses casos:

> A interpretação do silêncio como confissão, ou seja, como aceitação da acusação expressa pela questão, aparece, pois, como uma exceção, ou uma reviravolta do sentido da regra: após uma acusação, é sua rejeição – um protesto de inocência – que representa a resposta hierarquicamente primeira, e um silêncio ou um som inarticulado [...], portanto, dúvida do acusado sobre sua inocência, orienta sua resposta para a aquiescência à acusação, isto é, a confissão. (DULONG, 2000, p. 29)

O autor ainda esclarece que, uma vez esperada a indignação em relação a uma "falsa acusação", o silêncio caminha para a presunção de aquiescência. Isso, claro, levando-se sempre em conta a posição de fragilidade em que se encontra o acusado, ou seja, contra quem se deduz a ação penal.

Ora, a acusação provém justamente de um agente do Estado, ao qual foi conferida a autonomia para a propositura de ações penais que visam ao processamento e, se for o caso, atribuição de pena àqueles que infringem as leis. Essa posição evidencia proteção à população, garantia ao cumprimento das leis e legitimidade estatal. O acusado, porém, ocupa uma posição de fragilidade, de quem, no mínimo, desconfia-se ser autor de um ilícito penal.

Estando nessa posição, e sendo-lhe esta injusta, a pronta indignação é uma reação naturalmente esperada.

Dulong (2000) esclarece que é a espera pela indignação que torna o silêncio interpretado negativamente, ao afirmar que "a existência de uma hierarquia de pertinência das respostas permite inferir com rigor uma interpretação do que vem em lugar de resposta.". E complementa, argumentando que é "por causa disso, uma tal asserção é submetida a validação: se o interlocutor não a contradiz imediatamente, ela é verdadeira." (DULONG, 2000).

Essa ideologia da indignação a respeito da falsa acusação tem fundamento histórico e dialoga com a "ditadura" da comunicação, já enunciada anteriormente. Assim, Dulong considera que, se tiver havido anteriormente uma demonstração de protesto de inocência do acusado, uma situação de silêncio em outro episódio pode conduzir à interpretação de confissão. "Há inúmeras maneiras de rejeitar uma acusação, e o conhecimento do estilo idiossincrático pelo qual um indivíduo protesta sua inocência permite perceber melhor a ausência de um tal ato." (DULONG, 2000, p. 30).

Esse movimento histórico da coação da fala remonta à Era Medieval, onde uma confissão era conseguida a todo custo, como expressa o autor, indicando a historicidade que aponta as marcas do acontecimento:

> Não é, pois, absolutamente por acaso que o adjetivo "inquisitório" ressoa em nossos ouvidos, educados num país de tradição católica, como o nome de uma instituição célebre, o tribunal da Inquisição, criado face à ascendência das heresias medievais pelo Concílio de Latrão. Essa instituição desempenhou um papel não negligenciável na emergência de nossas instituições penais. O que herdamos dela é menos um método de interrogatório orientado pela obtenção da confissão, que a concepção da verdade penal que aí preside. Esse tribunal eclesiástico impunha, a todos aqueles que tinha de ouvir, um juramento prévio, o juramento *ex officio* que, transformando em perjúrio a mentira, tornava-o impossível para os cristãos persuadidos da onisciência do Juiz Supremo. A Igreja se arroga, assim, o direito de exigir de seus sujeitos tudo dizer, que eles sejam ouvidos num processo inquisitorial ou no quadro do sacramento da penitência[2]. Os tribunais eclesiásticos reclamaram para si o direito de ligar e desligar reconhecido pelo Cristo a Pedro, e os representantes do Rei puderam, depois dele, arguir sobre a sacralidade de sua missão para se arrogar o poder de forçar a confissão dos indivíduos que desafiavam uma autoridade garantida pelo céu[3]. (DULONG, 2000, p. 40)

2

Nota do autor: Segundo a tese de Jacques Chiffoleau, houve contaminação desses processos pela prática da confissão sacramental: o perdão do pecador não é obtido a não ser que tenha inventoriado em voz alta todos os seus pecados, para se preparar para o julgamento final, em que cada cristão deverá afrontar o juiz supremo. "Sobre a prática da conjuntura da confissão judiciária na França do século XIII ao século XV", in *L'aveu, Antiquité et Moyen Âge.* Coleção da Ecole Française de Rome, 1986.

3

Nota do autor: Outros autores propõem análises convergentes com essa progressiva extensão da obrigação de tudo dizer. Em particular: M. Foucault, 1976: 78 ss.

Retomando o interrogatório realizado no processo nº 5002086-89.2015.4.04.7207, autuado em 29/04/2015, às 08:54:17, no Juízo Substituto da 1ª Vara Federal da Comarca de Tubarão/SC, sob os cuidados da juíza Ana Lídia Silva Mello Monteiro, ao oportunizar as finais alegações do acusado, este tratou de frisar sua indignação. A juíza enuncia o seguinte: "Sr. Amilton, é, tem mais alguma coisa que o senhor deseje falar nesse momento, ou podemos encerrar?". E o acusado aproveita a oportunidade dada pela Magistrada para, demonstrando sua irresignação, justificar o seu processamento e sua posição de acusado, atribuindo-as a uma perseguição perpetrada pelo Delegado da comarca. Vejamos:

> Não, eu gostaria de falar e deixar registrado, se for o caso, não peço segredo em nada, é a infelicidade que nós tivemos, né, eu não sei até onde isto vai adiantar eu falar, mas, de nós termos em Tubarão por um período, um Delegado como aquele doutor André, ele prejudicou em Tubarão, mais de cem empresas, tem mais empresas fechadas, outras fechando, por culpa dele, e a alegria dele era levar a mídia e algemar o cara, não me algemou [...]

O discurso do acusado é interrompido pelo Promotor de Justiça presente na audiência, que afirma que esses "fatos" não se referem ao objeto do processo e que eventual reclamação deve ser encaminhada para a Corregedoria competente para avaliar o caso. Ou seja, viu-se neste caso que o acusado reagiu exatamente como se espera quando alguém é acusado injustamente, somando a negativa da acusação (declaração de inocência) com os respectivos esclarecimentos que sustentariam seu protesto de inocência.

Essa espera pela recusa verbalizada é tão marcada que é ela o próprio fundamento da norma que se analisa neste estudo. Ora, se não tivéssemos a tendência naturalizada a interpretar o silêncio do acusado em seu prejuízo, não haveria razão para a edição da vedação prevista na legislação. Dulong explica que:

> De uma parte e a contrario, o *Right to silence* atesta nossa tendência natural – partilhada pelos locutores ingleses – de considerar que a recusa em responder às questões sobre as circunstâncias de um delito equivale a uma confissão. De outra parte, a cláusula distingue o fato desse silêncio, reconhecido como sinal eventualmente interpretável como confissão, e seu uso como prova de culpabilidade. (DULONG, 2000, p. 37)

A presente análise compartilha o movimento da legislação estrangeira, que passou por reformas e caminhou no sentido de prever legalmente o direito ao silêncio do acusado. Nos Estados Unidos, por exemplo, a Quinta Emenda da Constituição garante que nenhum cidadão pode ser obrigado a testemunhar contra si mesmo, em qualquer caso criminal.

> Na Inglaterra, até data recente – até a reforma penal de 1994 que aboliu essa disposição – os magistrados e os jurados não tinham o direito de inferir, de uma recusa de responder a um interrogatório acusador, a culpabilidade do acusado. Quando de um interrogatório de um suspeito, o policial devia começar por mencionar a seu interlocutor 1) que ele não era obrigado a responder a suas questões, e 2) que que seu silêncio não poderia ser invocado na ocasião do processo como prova de sua culpabilidade. (DULONG, 2000, p. 36)

Essas reformas tiveram origem na transição entre o sistema inquisitório para o sistema acusatório e da transição de ideologias e do ônus da produção de provas no processo penal. Em outras palavras: o direito ao silêncio teve origem na transição entre a "obrigação" do acusado em confessar e o direito da não autoincriminação.

> Um outro argumento avançado para a manutenção do direito ao silêncio remete a um ponto fundamental da tradição da *Common Law*, por outro lado inscrito na Quinta Emenda da Constituição dos Estados Unidos da América; um cidadão não deve jamais ser constrangido pela Lei a incriminar-se a si mesmo. Esse privilégio está no cerne do sistema acusatório. Ele é desconhecido na França, onde um acusado pode ver-se recriminado, ao menos verbalmente, por não ter antecipado a ação da justiça indo confessar espontaneamente seu delito à polícia. (DULONG, 2000, p. 39)

No entendimento de Queijo, a instituição do direito ao silêncio, prevista constitucionalmente e regrada pela norma processual penal, assume papel de limitar os poderes instrutórios do juízo. "O ideal de busca da verdade, refletido no processo penal, e princípio *Nemo tenetur se detegere* também se relacionam com os limites dos poderes instrutórios do juiz." (QUEIJO, 2012, p. 51).

Ora, não seria mais simples coibir o acusado para que ocupasse um dos polos processuais possíveis – culpado ou inocente – e, dessa forma, assumisse o ônus probatório que recai sobre o Ministério Público, tendo em vista a presunção de inocência também instituída constitucionalmente?

> Retornando à acusação, pode-se observar então que a rejeição desta apresenta também uma ambivalência, simétrica àquela da confissão. Ora, essas interpretações alternativas do protesto de inocência são mais conhecidas que aquelas da confissão: parece natural que se interrogue sobre a sinceridade de um acusado quando ele rejeita uma acusação, suspeitar que essa aparente boa fé esconde uma denegação. Se esse tipo de resposta é ambíguo é que o acusado não tem outro meio de exprimir sua posição sobre sua aceitação de culpabilidade proposta pela acusação senão pronunciando-se sobre a verdade de seu conteúdo, isto é, sobre o fato de ter sido ou não o autor do delito. (DULONG, 2000, p. 33)

Esse debate se trava porque, ainda que seja garantida ao acusado a inexistência de prejuízo, caso opte pelo silêncio, sabemos que é um ato utópico tentar limitar o gesto interpretativo. Isto porque o silêncio, acompanhado da posição de fragilidade que ocupa o

acusado, traz consigo uma marca ideológica, que irá inevitavelmente ter influência no processo.

Parece que o dito popular "quem cala consente" está tão enraizado culturalmente que não é possível aceitar o silêncio como recusa, mas apenas como aquiescência, como confissão. Com relação à defesa da supressão do *Right to silence* nos debates acirrados realizados na Inglaterra quando da reforma penal de 1994, que de fato aboliu esse direito, Dulong (2000, p. 37-38) explica:

> Entre outros argumentos "de bom senso" adiantou-se que, sendo a dissimulação de um motivo de culpabilidade a única razão de guardar o silêncio, é ilógico impedir os juízes de inferir esta do mutismo do acusado. Não somente esse direito aparecia como ilógico, mas ele chegaria ao ponto, segundo seus detratores, de recusar aos juízes a melhor prova que se possa ter da culpabilidade de um indivíduo, sua resposta a uma acusação direta.

Com isso, tem-se a impressão de que ao acusado ficou garantido tão somente que é vedada a menção expressa do silêncio do acusado como fundamento da acusação e do juiz sentenciador, mas, na verdade, de toda forma essa opção terá um peso no processo.

Mas por que, na legislação que expressa a clara vedação legal de prejuízo, existe ainda uma tentativa da acusação, seja por meio do Ministério Público ou Assistente de Acusação, de utilizar como artifício, meio probante e argumento, o silêncio do acusado em seu prejuízo? Porque (é apenas uma resposta possível) é dever do Estado, garantidor da ordem social, buscar um culpado para o fato típico e antijurídico em investigação. A manutenção do poder depende da satisfação do interesse daqueles a quem se quer submeter o poder. Com a quebra dos deveres de segurança, inicia-se o risco de questionamento da ordem vigente.

Esse dever é tão forte, que quanto maior for a ofensa à ordem jurídica, maior será a atividade estatal e interesse em levar a efeito alguma punição a alguém.

Tanto é que nos casos analisados nesse tópico, mais nitidamente nos casos em que foram apurados os crimes de homicídio qualificado e homicídio tentado, a necessidade de servir ao clamor social foi tamanha e que o Promotor de Justiça e o Assistente da Acusação infringiram as previsões contidas na Constituição Federal e Código de Processo Penal relativas ao direito ao silêncio com intuito de convencer o Tribunal do Júri a respeito da culpa dos acusados.

Todo poder tem um custo, e sobre ele Michel Foucault assim se pronunciou:

> No fundo, não será o problema do custo do poder? O poder, na verdade, não se exerce sem que custe alguma coisa. [...] Existe também o custo propriamente político. Se a violência for grande, há o risco de provocar revoltas; ou, se a

> intervenção for muito descontínua, há o risco de permitir o desenvolvimento, nos intervalos, dos fenômenos de resistência, de desobediência, de custo político elevado. Era assim que funcionava no poder monárquico. Por exemplo, a justiça só prendia uma proporção irrisória de criminosos; ela se utilizava do fato para dizer: é preciso que a punição seja espetacular para que os outros tenham medo. Portanto, poder violento e que, devia, pela virtude de seu exemplo, assegurar funções de continuidade. (FOUCAULT, 2004, p. 217)

Mas o silêncio aqui não é apenas o do acusado, mas também (e que não pode ser ignorado), o silêncio do "mundo jurídico" a respeito dos efeitos que o silêncio do acusado tem causado nos interrogatórios, mesmo que exista a legislação que proíba a sua interpretação.

Se a legislação existe para salvaguardar determinado direito, ainda que seja em relação ao acusado, daquele que se desconfia a prática de delito, por que ela ainda permanece vigente, se claramente não está alcançando a sua finalidade? Por que ela não é alterada para que atenda a sua razão de existir? Essas questões precisam ser analisadas e retomadas.

Os julgamentos e sentenças que têm sido anulados constantemente estão presentes para ratificar esse entendimento e questionar a efetividade da garantia que foi prevista ao acusado.

Assim, a análise de discurso nos mostra que, ainda que haja a vedação legal, haverá um gesto interpretativo em relação ao silêncio do acusado durante o interrogatório, e que este assumirá uma carga diferente de acordo com cada uma das características particulares daquelas que assumem uma posição no processo, sejam juízes, promotores, assistentes de acusação ou jurados. O efeito existe, resta saber se será mencionado.

6 CONCLUSÃO

Com a presente pesquisa pretendeu-se: verificar o posicionamento do legislador constituinte quanto à previsão contida no artigo 5º, inciso LXIII da Constituição Federal do Brasil de 1988; descrever como se dá a produção de sentidos a partir do silêncio; investigar o surgimento e consolidação do pré-construído da culpa na história; bem como verificar se o pré-construído da culpa tem influenciado, ainda que de forma velada, nas decisões de processos judiciais penais onde o acusado exerce o direito ao silêncio.

Vimos que o direito ao silêncio foi garantido pela Constituição Federal de 1998, expressamente no artigo 5º, inciso LXIII, inserido no título concernente aos direitos e garantias fundamentais, possibilitando ao acusado o direito de permanecer calado em todas as fases do processo.

O Código de Processo Penal, artigo 186, por seu turno, regulamentou esse direito, esclarecendo que ao acusado é reservado o direito de não responder a perguntas que lhe forem formuladas, bem como ao prever expressamente que o silêncio do acusado não será considerada confissão, bem como que não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa.

Foi verificado ainda que, em decorrência da tendência histórica, a produção do sentido que tem sido trazida nos tribunais brasileiros é o de que o acusado que permanece em silêncio não tem nada a dizer em sua defesa, sendo implicitamente culpado. Esse efeito ideológico decorre, inclusive, da reação primeiramente esperada daquele ao qual se atribui uma acusação injusta: o inconformismo e o esclarecimento.

A produção desse sentido negativo também decorre, implicitamente, da própria edição da norma, do fundamento para que o legislador criasse a garantia objeto desta pesquisa, ou seja, a de possibilitar ao acusado o silêncio para que este não seja compelido a produzir prova contra si mesmo, e da quebra do dever anterior de prestar compromisso no interrogatório.

Vimos ainda que, enquanto produção em língua visa ao empoderamento dos sentidos, o suposto controle da comunicação, o silêncio caminha em sentido antagônico, e por não haver as conduções (ainda que abertas) da fala, dispersa de uma forma mais ampla, significa de maneiras ainda mais diversas que o dizer.

Em verificação histórica, percebeu-se um deslocamento de sentidos, substituindo-se “quem cala parece consentir” para “quem cala consente”, passando a expressão a ter um significado absoluto: de que aquele que permanece em silêncio concorda com o que é dito.

Ainda, a presente pesquisa permitiu o entendimento de que a produção do sentido que decorre do discurso – neste caso, do silêncio – assume um estatuto diferente diante do contexto situacional e sócio-histórico no qual as palavras são emitidas. Assim, construiu-se o raciocínio de que o sentido produzido pelo silêncio do réu enquanto acusado assumirá valor diferente daquele produzido por outro sujeito em outro contexto. verificou-se que essa valoração decorre da expectativa de indignação e esclarecimento daquele que é injustamente acusado. Essa mesma expectativa denota a ideologia manifestada no enunciado "quem cala, consente".

Ou seja, a espera pela recusa verbalizada é tão marcada, tão naturalizada que é ela o próprio fundamento da norma que se analisa nesse estudo. Assim, se não tivéssemos a tendência a interpretar o silêncio do acusado em seu prejuízo, não haveria razão para editar a vedação prevista na legislação.

Novamente vê-se a ideologia do dito popular "quem cala consente" culturalmente produzida, tão fortemente presente que parece impossível aceitar o silêncio, nesse contexto, como uma forma de resistência: ele passa a ser visto/compreendido como aquiescência.

Para elucidar essa questão, foram analisadas brevemente duas imagens: na primeira, o silêncio de uma jovem mulher que sofre agressão domiciliar; na segunda, o silêncio do acusado durante o interrogatório, trajando uniforme de interno, onde a situação comentada no parágrafo anterior foi ilustrada.

A pesquisa permitiu chegar à conclusão, portanto, de que a vedação jurídica de interpretação negativa do silêncio do acusado decorre justamente do contexto em que o interrogado está inserido; a norma não seria necessária caso o contexto não lhe fosse desfavorável e a interpretação tendente à negatividade.

Percebeu-se que a tentativa de estabilizar interpretação do silêncio do acusado nos interrogatórios, como pretendido juridicamente, ou mesmo vedar a interpretação desse discurso, é uma utopia – ou seja, *lugar nenhum* em *tempo algum* –, e que a edição da norma existe, possivelmente, como ferramenta de garantia da ordem.

A presente pesquisa permitiu concluir, portanto, a partir do ponto de vista da análise do discurso, que mesmo diante da vedação legal, é inviável a pretensão de restrição do gesto interpretativo, mas tão somente é possível restringir sua menção durante a realização dos atos processuais penais, com o fim de evitar-se a nulidade dos mencionados atos. Ainda, que essa interpretação decorre do próprio lugar onde está o sujeito-acusado, de onde se espera, primordialmente, a indignação frente a uma falsa acusação.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Criminal nº 70051820074, Relator: Osnilda Pisa. 29 de julho de 2014. **Jusbrasil**. Disponível em <http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=CONDENA%C3%87%C3%83O+PELOS+CRIMES+CONEXOS&p=2> Acesso em 02 de agosto de 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Criminal nº 70053275574, Relator: Osnilda Pisa. 29 de maio de 2013. **Jusbrasil**. Disponível em < http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/112952850/apelacao-crime-acr-70053275574-rs/inteiro-teor-112952861> Acesso em: 2 de agosto de 2016.

_____. Tribunal de Justiça de Roraima. Apelação Criminal nº 0010110074654 0010.11.007465-4, Relator: Leonardo Cupello. 17 de fevereiro de 2016. **Jusbrasil.** Disponível em < http://tj-rr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/322327961/apelacao-criminal-acr-10110074654-001011007465-4/inteiro-teor-322328016> Acesso em: 2 de agosto de 2016.

BUSARELLO, Raulino. **Máximas latinas para o seu dia-a-dia** – repertório de citações, provérbios, sentenças e adágios tematizados e traduzidos. 2. ed. Florianópolis: Ed. do autor 1998.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal.** 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DULONG, Renaud. Le silence comme aveu et le “droit au silence”. **Langage et Société**, n. 92, p. 25-44, 2000/2. Editions de la Maison des Sciences de l’Homme. Disponível em: <http://www.cairn.info/revue-langage-et-societe-2000-2-25.htm>. Acesso em: 5 maio 2016.[4]

FOUCAULT, Michel. O olho do poder. In: _____. **Microfísica do poder.** Organização e tradução de Roberto Machado. 20. ed. Rio de Janeiro: Edições Graal, 2004.

HAROCHE, Claudine. **Fazer dizer, querer dizer.** São Paulo: Hucitec, 1992.

LAGAZZI, Suzy. **O desafio de dizer não.** Campinas: Pontes, 1988.

LE BRETON, David. **Do Silêncio.** Lisboa: Instituto Piaget – Divisão Editorial, 1999.

ORLANDI, Eni P. **Interpretação**: autoria, leitura e efeitos do trabalho simbólico. Petrópolis: Vozes, 1998.

_____. **Discurso e texto**. Campinas, SP: Pontes, 2001.

_____. **As formas do silêncio**: no movimento dos sentidos. 5. ed. Campinas, SP: Editora da Unicamp, 2002.

_____. **Análise de Discurso:** princípios & procedimentos. 8. ed. Campinas: Pontes, 2009.

4 Traduzido por Maria Marta Furlanetto para uso acadêmico restrito.

MAIOR, Flávia Sotto. **Quem cala, consente.** 2005. Disponível em: <http://guiadoestudante.abril.com.br/aventuras-historia/quem-cala-consente-434009.shtml>. Acesso em: 30 set. 2016

PÊCHEUX, Michel. **O discurso**: estrutura ou acontecimento [?]. Tradução de Eni P. Orlandi. 3. ed. Campinas (SP): Pontes, 2002.

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

RICOEUR, Paul. **Interpretação e ideologias.** Organização, tradução e apresentação de Hilton Japiassu. Rio de Janeiro: F. Alves, 1983.

ANEXOS

ANEXO I – OP Nº 70051820074 (Nº CNJ: 0488605-27.2012.8.21.7000)

OP
Nº 70051820074 (Nº CNJ: 0488605-27.2012.8.21.7000)
2012/Crime
APELAÇÃO CRIME. JÚRI. HOMICÍDIO QUALIFICADO E DELITOS CONEXOS. CONDENAÇÃO PELO TRIBUNAL DO JÚRI. APELO DEFENSIVO. NULIDADE POSTERIOR À PRONÚNCIA. MENÇÃO AO SILÊNCIO DO RÉU. OFENSA AO ARTIGO 478, INCISO II, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. OCORRÊNCIA.
Imperioso reconhecer que, em plenário, a Assistência à Acusação afirmou "*que o réu não tem coragem de enfrentar os jurados assumir o que fez e por isso ficou calado*". Certo, também, que tal afirmação não é apenas um relatório daquilo que consta no processo quanto às manifestações pessoais do réu, mas sim, verdadeira interpretação negativa do silêncio do réu. Por conseguinte, diante do teor da ata de julgamento, restou demonstrado, de forma incontroversa que, durante os debates, a Assistência à Acusação fez expressa referência ao silêncio do acusado em prejuízo à defesa, pois o objetivo da referência é claro, ou seja, incutir nos jurados o entendimento de que o acusado "ficou calado" por ser culpado, ou dito de outro modo, o silêncio do réu representa sua confissão. E o objetivo da lei de vedar, sob pena de nulidade, qualquer referência ao silêncio do réu, tem como finalidade preservar incólume a garantia constitucional do réu ao silêncio – artigo 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal. Assim, a referência feita ao silêncio do réu, afronta ao disposto no artigo 478, inciso II, da Lei Processual Penal, nulificando o julgamento. Nulidade reconhecida, restando prejudicadas as demais questões do recurso.
Apelo provido.

Apelação Crime	Segunda Câmara Criminal - Regime de Exceção
Nº 70051820074 (Nº CNJ: 0488605-27.2012.8.21.7000)	Comarca de Cachoeira do Sul
EDIMILSON MARQUES DA SILVA	APELANTE
MINISTÉRIO PÚBLICO	APELADO
ALEXANDRE FORGEARINE MACHADO	APELADO/ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO
ANDREIA ANUNCIACAO DA SILVEIRA	APELADO/ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO

ACÓRDÃO
Vistos, relatados e discutidos os autos.
Acordam os Magistrados integrantes da Segunda Câmara Criminal - Regime de Exceção do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, em dar provimento ao apelo da defesa, com fulcro na alínea a do inciso III do artigo 593 doCódigo de Processo Penal, a fim de declarar a nulidade do julgamento, por ofensa ao artigo 478, inciso II, do Código de Processo Penal, e determinaram que o apelante seja submetido a novo julgamento perante o Tribunal do Júri, restando prejudicada a análise das demais questões.
Custas na forma da lei.
Participaram do julgamento, além da signatária, os eminentes Senhores **Des. José Antônio Cidade Pitrez (Presidente e Revisor) e Des. Marco Aurélio de Oliveira Canosa**.
Porto Alegre, 29 de julho de 2014.
DR.ª OSNILDA PISA,
Relatora.

RELATÓRIO
Dr.ª Osnilda Pisa (RELATORA)
Na Comarca de Cachoeira do Sul, o Ministério Público denunciou **Edimilson Marques da Silva**, alcunha "Branco", dando-o como incurso nas sanções do artigo 121,parágrafo 2º, incisos I, III, IV e V, artigo 211, *caput*, na forma do artigo 14, inciso II, e artigo 217 - A, todos do Código Penal, combinados com os artigos 69, *caput*, e 61, alínea h, do mesmo Diploma Legal, pela prática dos seguinte fatos delituosos:
FATO 01:
No dia 22 de outubro de 2010, em horário não especificado, na localidade denominada Dorasnal, distrito de Barro Vermelho, em Cachoeira do Sul, nas proximidades de um posto da CEEE, nº de tratamento 259, o denunciado **EDIMILSON MARQUES DA SILVA** matou a vítima MATEUS ANUNCIAÇÃO MACHADO, criança com 11 anos de idade (fl. 77), causando-lhe a morte por asfixia mecânica (esganadura), conforme auto de necropsia (fl. 47).
Na oportunidade, o denunciado **EDIMILSON MARQUES DA SILVA** aguardou a vítima passar de bicicleta pela estrada, e quando a mesma passou por ele, de surpresa, a atacou, tornando impossível a sua defesa, puxando-a e a arrastando até o mato, ocasião em que a vítima gritava por socorro e após breve luta corporal com ela, o denunciado a agrediu fisicamente, introduziu dois dedos em seu ânus e em seguida a estrangulou até a morte.
O denunciado cometeu o crime para satisfazer seus desejos sexuais, de forma torpe, repugnante, ceifou a vida de criança inocente, apresentando frieza, vileza e sadismo desproporcionais em seus atos.
O denunciado cometeu o crime por meio cruel, uma vez que a vítima foi morta por *asfixia*. Como demonstra o auto de necropsia (fls. 46/47), tendo como a constrição do pescoço (esganadura) a causa de seu óbito.
O denunciado matou a vítima Mateus para assegurar a impunidade de outro delito, qual seja, estupro de vulnerável, o qual foi praticado contra a vítima, pois era seu vizinho e esta o poderia reconhecer.
FATO 02:
No dia 22 de outubro de 2010, em horário não especificado, mas anterior ao delito do fato descrito acima, na localidade denominada Dorasnal, distrito Barro Vermelho, em Cachoeira do Sul, nas proximidades de um posto da CEEE, nº de tratamento 259, o denunciado **EDIMILSON MARQUES DA SILVA** praticou ato *libidinoso* com a vítima MATEUS ANUNCIAÇÃO MACHADO, criança com 11 anos na data do fato, conforme certidão de nascimento de fl. 77.
Na oportunidade, o denunciado **EDIMILSON MARQUES DA SILVA** após arrastar a vítima para o mato e lhe agredir fisicamente, antes de causar-lhe a morte por asfixia, introduziu dois dedos em seu ânus, causando-lhe dilatação do esfíncter anal com laceração da mucosa anal, conforme auto de necropsia (fl. 46).
FATO 03:
No dia 22 de outubro de 2010, em horário não especificado, mas posterior ao delito descrito no fato 01, na localidade denominada Dorasnal, distrito de Barro Vermelho, em Cachoeira do Sul, nas proximidades de um posto da CEEE, nº de tratamento 259, o denunciado **EDIMILSON MARQUES DA SILVA** *tentou destruir e ocultar o cadáver* da vítima MATEUS ANUNCIAÇÃO MACHADO.
Na oportunidade, o denunciado **EDIMILSON MARQUES DA SILVA**, após ter praticado ato libidinoso com a vítima e tê-la matado por esganadura, deixou o corpo da vítima escondido no mato, retirou-se do local e foi até sua residência, e após retornar ao local do crime junto ao corpo, deu início ao ato de atear fogo no corpo da vítima, a fim de livrar-se da responsabilidade do fato criminoso e não deixar vestígios de seu desiderato, ao qual

apenas não foi consumado em sua totalidade devido a circunstâncias alheias à sua vontade, qual seja o álcool jogado no corpo não ter sido suficiente para queimar-lhe por completo, mas que deixou indícios de ação de líquido inflamável conforme auto de necropsia (fl. 47).
O denunciado praticou os crimes contra criança (fl. 77)."
O réu foi preso em flagrante em **22.10.2010** (fls. 07/23), o respectivo auto de prisão restou homologado e a segregação convertida em prisão preventiva para garantia da ordem pública (fls. 47/48).
A denúncia foi recebida em **09.11.2010** (fl. 92).
Alexandre Forgiarine Machado e Andréia Anunciação da Silveira, pais da vítima, postularam o seu ingresso na assistência da acusação (fls. 94/96 e 136/138), cujos pedidos foram deferidos (fls. 107 e 143). Citado (fls. 150/151vº), o réu apresentou defesa preliminar por intermédio de defensor constituído (fl. 153).
Durante a instrução, foram inquiridas sete testemunhas arroladas na denúncia e interrogado o réu (fls. 175/177; 192/226).
Ofertados os memoriais pelo Ministério Público (fls. 180/185v.), pela Assistência de Acusação de Andréia (fl. 190/v.) e pela Defesa Constituída (fls. 248/252). Sobreveio decisão, publicada em 26.03.2012 (fl. 259), pronunciando o réu Edimilson Marques da Silva, como incurso nas sanções do artigo 121, parágrafo 2º, incisos I, III, IV e V, artigo 211, *caput*, na forma do artigo 14, inciso II, e artigo 217-A, todos do Código Penal, para submetê-lo a julgamento pelo Tribunal do Júri. Mantida a segregação cautelar do réu (fls. 253/258).
Intimadas as partes, para os fins do artigo 422 do Código de Processo Penal, o Ministério Público requereu a atualização dos antecedentes criminais do acusado (fl. 264), enquanto a Assistência da Acusação e a Defesa deixaram de se manifestar (fl. 267v.).
O processo foi relatado, e designada data para o julgamento pelo Tribunal do Júri (fls. 268/269). Em razão da renúncia do defensor constituído (fl. 276), o julgamento foi transferido (fl. 277). Na inércia do réu (fls. 280/281vº), a Defensoria Pública foi nomeada pra prosseguir na defesa do acusado (fl. 282).
Submetido a julgamento pelo Tribunal do Júri, em**13.07.2012,** restou condenado o réu **Edimilson Marques da Silva,** como incurso nas sanções do artigo 121, § 2º, incisos I, III, IV e V, combinado com o § 4º, *in fine* (primeiro fato); artigo 217 – A (segundo fato); e artigo 211, na forma do artigo 14, inciso II (terceiro fato), na forma do artigo 69,*caput*, todos do Código Penal, à pena de **32 (trinta e dois) anos e 08 (oito) meses de reclusão, em regime inicial fechado,** e pena de multa de **15 (quinze) dias-multa**, à razão de 1/30 do salário mínimo vigente à época do fato. Mantida a segregação cautelar do réu (fls. 292/300; 301/304).
Publicada a sentença em plenário, por termo nos autos, a defesa interpôs apelação com fundamento no artigo 593, inciso III, alíneas a, b, c e d, do Código de Processo Penal (fl. 305). Nas razões, postula a nulidade na sessão de julgamento, com fulcro no artigo 478, inciso II, do Código de Processo Penal. Diz que o Assistente da Acusação fez referência e censura ao uso da prerrogativa do réu em se manter em silêncio na sessão de julgamento. Sustenta, ainda, que a decisão dos Jurados é manifestamente contrária à prova dos autos quanto ao delito de estupro, e, por fim, requer o redimensionamento da pena, em face da inobservância dos critérios do artigo 59 do Código Penal (fls. 307/321).
Foram apresentadas as contrarrazões pelo Ministério Público (fls. 322/330) e pela Assistência da Acusação (fls. 332/345).
O feito foi distribuído, em 30.10.2012, ao Eminente Desembargador Marco Aurélio de Oliveira Canosa (fls. 346/347).
Nesta instância, o DD. Procurador de Justiça Luiz Henrique Barbosa Lima Faria Corrêa opinou pelo conhecimento e desprovimento do recurso (fls. 349/354v.).

O feito foi redistribuído, em 24.09.2013, a esta relatora, para julgamento em regime de exceção.
É o relatório.
VOTOS
Dr.ª Osnilda Pisa (RELATORA)
Trata-se de recurso de apelação, interposto pela Defesa, com base em todas as alíneas do inciso III do artigo 593 do Código de Processo Penal, contra a decisão proferida pelo Tribunal do Júri da Comarca de Cachoeira do Sul, que condenou o réu Edimilson Marques da Silva, como incurso nas sanções do artigo 121, § 2º, incisos I, III, IV e V, combinado com o § 4º,*in fine* (primeiro fato); artigo 217–A (segundo fato); e artigo211, na forma do artigo 14, inciso II (terceiro fato), na forma do artigo 69, *caput*, todos do Código Penal, à pena de **32 (trinta e dois) anos e 08 (oito) meses de reclusão, em regime inicial fechado,** e **15 (quinze) dias-multa**, à razão de 1/30 do salário mínimo vigente à época do fato
1. Nulidade posterior à pronúncia (alínea a):
Violação ao artigo 478, inciso II, do Código de Processo Penal.
Alega a Defesa que *"durante a Sessão em Plenário, o réu optou por permanecer em silêncio, direito que lhe é assegurado pela* Constituição Federal*. Entretanto, o assistente da acusação fez referência e censura do uso de tal prerrogativa por parte do réu"* (fl. 309).
De outro lado, a Assistência da Acusação, afirma que, em plenário, "*cingiu-se unicamente em informar da seguinte forma: 'Que o Réu confessou na fase policial os crimes, prestou depoimento na fase de instrução judicial, antes da pronúncia e negou a autoria e durante o plenário optou pelo silêncio"* (fl. 333).
Todavia, consta da ata de julgamento pelo Tribunal do Júri (fl. 296):
"[...]
9. INCIDENTES – Art. 495, inc. XV, do CPP.
A defesa Pública protestou em plenário porque durante o tempo de fala pelo assistente de acusação este fez referência e censura uso da prerrogativa do réu em permanecer em silêncio neste ato de julgamento utilizando tal ocorrido como argumento de autoridade perante o Conselho de Sentença**dizendo que o réu não tem coragem de enfrentar os jurados assumir o que fez e por isso ficou calado.** Incorreu o assistente de acusação em gravíssima infração processual atuando contra expressa disposição legal que veda esta postura por isso a Defesa Pública consigna esta causa de nulidade ocorrida e registra que simultaneamente a intervenção da Defesa Pública **o próprio Juízo também acenou com a iniciativa de censurar a fala de acusação**. Nos termos da lei processual ocorreu nulidade que comprometerá a validade do julgamento e esta Defesa Pública sob pena de tornar inútil todo o trabalho hoje executado pelos aqui presentes requer a magistrada que determine a dissolução do Conselho de Sentença e reapraze o julgamento para outra data em que a atuação das partes seja procedida de forma válida. Pede deferimento.
Pela Juíza foi dito que não vislumbrava a nulidade prevista no art. 478, II, do CPP, porque a referência feita pela assistência de acusação manifestou a informação do que ocorrera efetivamente, apenas pronunciando-se no sentido de que o réu não pretendeu apresentar sua versão em plenário, não vislumbrando nisso argumento de autoridade em prejuízo do réu, até porque este Juízo, quando do início dos trabalhos em plenário, na oportunidade do interrogatório do réu, esclareceu explicitamente aos jurados, que o réu estava a exercer um direito garantido na Constituição Federal, de forma que isso não poderia lhe prejudicar. Acrescento o registro de que **esta Magistrada apenas manifestou-se após a Defesa já ter se pronunciado quando da manifestação do assistente de acusação, com o objetivo apenas de manter a ordem**. Por isso indefiro o pedido de dissolução do Conselho de Sentença.

[...]" (grifei).
Portanto, diversamente do alegado pela Assistência da acusação em contrarrazões, sua manifestação em plenário não se limitou a relatar os fatos, foi além, interpretou o silêncio, "*dizendo que o réu não tem coragem de enfrentar os jurados assumir o que fez e por isso ficou calado".*
Por oportuno, a Assistência da Acusação e o Ministério Público não se insurgiram quanto ao teor do registro consignado na ata de julgamento. E, nos termos do art. 495do Código de Processo Penal, "a ata descreverá fielmente todas as ocorrências", presumindo-se, assim, que o registro consignado corresponde, fielmente, ao dito pela Assistência da Acusação em plenário.
Além disso, nas contrarrazões recursais, o Ministério Público limita-se a interpretar a manifestação da assistência da acusação em plenário, na tentativa de preservar o julgamento (fls. 324/325vº):
"[...]
O referido pelo eminente Assistente da Acusação ***não foi no sentido de que o réu não pretendeu apresentar sua versão em plenário*** *, mas* ***não como argumento de autoridade*** *em prejuízo do réu.*
Observa-se que, conforme manifestou a Magistrada Presidente, ***a referência feita pela Assistência de Acusação foi no sentido de que o réu não pretendeu apresentar sua versão em plenário*** *, mas* ***não como argumento de autoridade*** *em prejuízo do réu. Na mesma senda, na oportunidade em que o recorrente exerceu seu direito de permanecer em silêncio, a Magistrada esclareceu aos jurados que o réu estava a exercer um direito garantido na co0nstituição Federal, de forma que isso não poderia lhe prejudicar.*
[...]" (fl. 324 – grifei)
Pois bem.
Reza o artigo 478, inciso II, do Código de Processo Penal:
Art. 478. Durante os debates as partes não poderão, sob pena de nulidade, fazer referências: (Redação dada pela Lei nº 11.689, de 2008)
I – à decisão de pronúncia, às decisões posteriores que julgaram admissível a acusação ou à determinação do uso de algemas como argumento de autoridade que beneficiem ou prejudiquem o acusado; (Incluído pela Lei nº 11.689, de 2008)
II – ao silêncio do acusado ou à ausência de interrogatório por falta de requerimento, em seu prejuízo. (Incluído pela Lei nº 11.689, de 2008)
Passo, então, ao exame de algumas interpretações doutrinárias deste dispositivo legal:
1) IVAN LUÍS MARQUES DA SILVA :
"Esta inovação, para ser bem compreendida, exigirá certo esforço de interpretação pelo jurista.
À primeira vista, pode parecer impossível para a acusação, durante os debates, não mencionar a pronúncia. Entretanto, se interpretado de forma teleológica, ao invés da literalidade, a preocupação da lei torna-se evidente e passa a fazer sentido.
O acusado está sendo processado pela prática de crime doloso contra a vida. Deverá se defender única e exclusivamente dos fatos. Deverá contraditar as provas.
Assim, a menção ao fato de o juiz ter pronunciado o réu, o uso das algemas (como se fosse opção do acusado usá-las), **o silêncio do réu, são situações que, se manipuladas pela boa oratória do acusador, podem levar os jurados a condenar o réu por essas razões, e não pela prática do crime concreto submetido a julgamento.**
Cabe ao juiz presidente, de ofício, ou a requerimento da parte prejudicada solicitar a consignação do desrespeito à regra legal em ata para futura alegação de nulidade caso haja prejuízo."
2) ARTHUR DA MOTTA TRIGUEIROS NETO e MARCELO VALDIR MONTEIRO :

"Durante os debates as partes não poderão, sob pena de nulidade, fazer referência à decisão de pronúncia, às decisões posteriores que julgaram admissível a acusação ou à determinação do uso de algemas ***como argumento de autoridade que beneficie ou prejudique o acusado ou, ainda, ao silêncio do acusado ou à ausência de interrogatório por falta de requerimento, em seu prejuízo*** *.*
Embora as partes não possam fazer referência à decisão de pronúncia, os jurados recebem cópia desta, juntamente com o relatório do processo, nos termos do parágrafo único *do art.* 472 *do* CPP*.*
A ideia do legislador foi muito boa, pois pretendeu evitar que a acusação diga em plenário que o juiz, concursado e conhecedor das leis, se convenceu da existência e materialidade do delito, tanto que o pronunciou **.** *No entanto, pela redação do artigo, as partes estão proibidas de fazer qualquer referência à decisão de pronúncia, portanto, não poderiam nem mesmo dizer que o réu foi pronunciado ou esclarecer dúvidas dos jurados quanto à decisão de pronúncia, o que não nos parece acertado.*
O uso de algemas no plenário do Júri é um tema bastante controverso, uma vez que a acusação poderia argumentar que o Poder Judiciário tem tanta certeza da culpa do réu, que ele está algemado, ou a defesa se valer do mesmo argumento no sentido contrário, ou seja, tanto a Justiça sabe que o réu é inocente que não há necessidade do uso de algemas. ***Proibir as partes de se utilizarem destes argumentos, que em nada têm relação com o fato criminoso analisado pelo Júri, nos parece uma decisão correta do legislador,*** *embora o melhor seria proibir o uso de algemas em plenário, pois o réu algemado pode implicitamente influenciar no ânimo dos jurados.*
Outro ponto importante abordado pelo legislador é a proibição de fazer qualquer referência ao silêncio do réu na fase policial ou em juízo em seu prejuízo*. Se esta garantia ao silêncio é assegurada constitucionalmente ao acusado,* ***não há como o silêncio ser interpretado em desfavor do réu.*** *Na realidade, não haveria a necessidade de o legislador especificar que o silêncio não importa em prejuízo ao réu, pois o constituinte já é claro neste sentido, mas, didaticamente,* ***a ressalva do legislador foi importante para deixar clara a vedação de qualquer argumento da acusação contra o acusado que optou pelo silêncio no inquérito ou em juízo*** *."*

3) NEREU JOSÉ GIACOMOLLI :

"Nulidade cominada, capaz de desconstituir o julgamento, caso não haja dissolução do Conselho de Sentença, é a utilização da decisão de pronúncia, das decisões posteriores de admissibilidade da acusação, inclusive de acórdãos de Tribunais, bem como a determinação do uso das algemas, ***como argumento de autoridade (auctoritas), isto é, para aumentar, expandir (pois auctoritas vem do verbo augere), a argumentação pelo simbolismo de sua existência ("na pronúncia o juiz disse..."; "três desembargadores, experimentados, afirmaram..."; "se não fosse perigoso, não estaria algemado..."; "as algemas falam por si só...",*** *v.g.). Porém, a decisão da pronúncia e as posteriores, as quais admitiram a acusação deverão ser, obrigatoriamente, entregues aos jurados (art.*472*,* parágrafo único*, do* CPP*) e o acusado poderá estar algemado no plenário. É mais um argumento à retirada do processo das pronúncias desconstituídas e da necessidade de limitação da motivação da decisão desconstitutiva, de modo a evitar a contaminação dos jurados, com a entrega das cópias e com as referências que poderão ser feitas no plenário.*
Também está vedada, agora por lei ordinária, a utilização do silêncio do acusado ou a circunstância de sua ausência no interrogatório, em seu prejuízo *. Mas isso já era proibido pela* Constituição*, em razão da presunção de inocência (art.* 5º*,* LVII*,* CF*) e da previsão expressa no art.* 5º*,* LXIII*, da Carta Republicana. Em razão da baixa compreensão da supremacia constitucional na práxis forense, além desta, há necessidade de outras ordinarizações. Isso é o que ocorre na Law in action.*

Foi necessário que a lei ordinária determinasse a presença de defensor no interrogatório do acusado para que garantias constitucionais (art. 5º, LV, CF), como a da ampla defesa – defesa pessoal e técnica – e do devido processo legal – presença do Ministério Público e defensor – fossem cumpridas."

4) WALFREDO CUNHA CAMPOS :

*" **O que significa esse argumento de autoridade**? Ao que parece, quis o legislador impedir que o tribuno em seu discurso leia trechos da decisão de pronúncia ou do acórdão que julgaram admissível a acusação e argumente que o juiz técnico ou os desembargadores do Tribunal de Justiça, com a autoridade que lhes é própria, entenderam que há prova da materialidade, indícios da autoria de que foi o acusado o autor do crime ou que estão evidenciadas as qualificadoras articuladas na denúncia e, com isso, influenciar os jurados. Este dispositivo tem, portanto, alvo certo: o Ministério Público, a quem, a partir de agora, será imposta severa censura quando discursar no Tribunal do Júri. E o interessante é que se o juiz de primeiro grau impronunciar, absolver sumariamente o acusado ou desclassificar a infração, e houver pelo Tribunal provimento do recurso interposto pela acusação, a situação em plenário, quando dos debates, será, no mínimo esdrúxula: ao promotor de justiça estará vedada a manifestação a respeito da decisão que julgou admissível a acusação (in casu, o acórdão do tribunal), **inclusive referindo-se a tais atos como argumento de autoridade**. Esqueceu-se, entretanto, a lei, tão preocupada em impossibilitar que os jurados se influenciem pela delatéria (sic) fala da acusação que, na hipótese de ser provido o recurso ministerial, invalidando um veredicto absolutório por considerá-lo manifestamente contrário à prova dos autos (art. 593, inciso III, alínea d, do CPP) não haverá qualquer vedação que o promotor utilize, como argumento de autoridade, dos termos do acórdão!. Quer dizer: à acusação é vedado usar da pronúncia, uma decisão meramente processual que julga admissível a acusação, como argumento de autoridade, mas pode, sem peias, explorar todos os argumentos de autoridade de uma decisão de mérito – que é o acórdão que invalidou o julgamento anterior por julgá-lo imprestável! **Que técnica primorosa tem essa nova legislação!** Não é possível, ainda deslembrar-se que o art. 476 do CPP estabelece que o Ministério Público fará a acusação nos limites da pronúncia; ora, como fazê-lo sem referir-se a tal decisão?! E mais: pelo texto da lei, **a mera referência à decisão de pronúncia sem usá-la como argumento de autoridade é permitida** . Ou seja, ler a decisão de pronúncia sem enaltecer seu prolator é perfeitamente admissível e não induziria nulidade alguma! Realmente, a qualidade da nossa legislação vem, cada dia mais, decaindo!!!"*

Muito embora a forte crítica à legislação realizada pelo último autor citado, compreensível diante de sua atuação profissional (Promotor de Justiça) e da equivocada interpretação realizada (sem observar ou integrar os diversos métodos hermenêuticos - interpretação gramatical, lógica, histórica, sistêmica, *occasio legis,* semiótica, etc), parece haver consenso entre os doutrinadores quanto ao espírito da Lei no que diz respeito ao **inciso I: impedir que as decisões dos magistrados togados influenciem o julgamento realizado pelos juízes leigos,** juízes naturais constitucionalmente eleitos para a apreciação dos crimes dolosos contra a vida, ou seja, utilização de "argumento de autoridade".

Logo, equivocam-se as partes, aqui, ao mencionarem a utilização ou não de *"argumento de autoridade"*, previsto no inciso I, porquanto o inciso II nada tem a ver com argumento de autoridade, mas, tão só, com a interpretação dada ao silêncio do acusado.

E muito embora a Assistência da Acusação, nas contrarrazões, assegure que apenas relatou *"Que o Réu confessou na fase policial os crimes, prestou depoimento na fase de instrução judicial, antes da pronúncia e negou a autoria e durante o plenário optou pelo silêncio"* (fl. 333), não é isto que restou consignado na Ata de Julgamento, repito teor não impugnado pela acusação.

Sendo assim, imperioso reconhecer que, em plenário, a Assistência à Acusação afirmou **"*que o réu não tem coragem de enfrentar os jurados assumir o que fez e por isso ficou calado*"**. Certo, também, que tal afirmação não é apenas um relatório daquilo que consta no processo quanto às manifestações pessoais do réu, mas sim, verdadeira interpretação negativa do silêncio do réu.

Por conseguinte, diante do teor da ata de julgamento, restou demonstrado, de forma incontroversa que, durante os debates, a Assistência à Acusação fez expressa referência ao silêncio do acusado em prejuízo à defesa, pois o objetivo da referência é claro, ou seja, incutir nos jurados o entendimento de que o acusado "ficou calado" por ser culpado, ou dito de outro modo, o silêncio do réu representa sua confissão.

Ressalto que o fato de a Juíza-Presidente, no ato de interrogatório, ter esclarecido os jurados que o réu estava a exercer um direito garantido na Constituição Federal, não autoriza a acusação interpretar o silêncio ocorrido em plenário. Afora isso, o prejuízo resulta evidenciado pela conclusão condenatória a que chegou o corpo de jurados, que julga por íntima convicção.

O objetivo da lei de vedar, sob pena de nulidade, qualquer referência ao silêncio do réu, tem como finalidade preservar incólume a garantia constitucional do réu ao silêncio – art. 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal – "o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado"– isto é, que o direito do réu ao silêncio não venha em seu prejuízo.

Destarte, a referência feita pelo Assistente da Acusação ao silêncio do réu contraria expressa disposição legal, pois houve clara ofensa ao artigo 478, inciso II, da Lei Processual Penal, atingindo o núcleo do direito ao silêncio e da garantia fundamental da plenitude de defesa, nulificando o julgamento.

Reconhecida a nulidade do julgamento, o réu deverá de ser submetido a novo julgamento, restando prejudicadas as demais alegações do recurso.

Neste sentido, já decidiu esta Corte, por unanimidade:

APELAÇÃO. TRIBUNAL DO JÚRI. NULIDADE POSTERIOR À PRONÚNCIA. ARTIGO 478, II, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. 1. O artigo 478, II, do CPP, dispõe que as partes não podem, sob pena de nulidade, fazer referência ao silêncio do acusado ou à ausência de interrogatório, em seu prejuízo. O silêncio é um direito constitucionalmente assegurado aos acusados em processo penal (artigo 5º, LXIII,CF). Como tal, ao juiz (e por consequência, aos jurados) é vedada a sua interpretação em prejuízo do acusado. Daí a reforma processual de 2008 ter inovado ao assegurar aos réus em liberdade o direito de não comparecer à sessão de julgamento pelo Tribunal do Júri. Essa foi a opção do legislador ao possibilitar a realização do julgamento sem a presença do réu (artigo 457). 2. Com efeito, se o réu não é obrigado a falar, não se justifica a imposição do seu comparecimento. Em outros termos, se a Constituição Federalassegura a ele o direito de permanecer em silêncio, impõe-se presumir que a sua ausência da sessão de julgamento significa uma opção pelo uso desse direito ao silêncio. Daí que a referência do órgão acusatório à ausência do acusado como um" descaso com a justiça "constitui, inequivocamente, uma crítica ao uso, pelo réu, do seu direito ao silêncio. Não especificamente à sua recusa em responder as perguntas formuladas pelas partes, mas, de maneira mais ampla, à sua opção comparecer à sessão de julgamento e, consequentemente, não participar da instrução processual e da reconstrução do fato denunciado, o que, em linhas gerais, abarca o significado da expressão silêncio. A ideia de descaso com a justiça está intimamente relacionada com a ideia de indiferença com o resultado do processo, conduta essa incompatível com a que o senso comum espera de um inocente, que como tal busca se defender para obter sua absolvição. Essa a repercussão negativa da afirmação. PRELIMINAR ACOLHIDA. JULGAMENTO ANULADO. MÉRITO PREJUDICADO.

(Apelação Crime Nº 70055173462, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Nereu José Giacomolli, Julgado em 29/05/2014)

APELAÇÃO CRIME. JÚRI. HOMICÍDIO TENTADO. CONDENAÇÃO PELO TRIBUNAL DO JÚRI. APELO DEFENSIVO. NULIDADE POSTERIOR À PRONÚNCIA. MENÇÃO AO SILÊNCIO DO RÉU. OFENSA AO ART. 478, II, DO CPP. OCORRÊNCIA. Diante do teor da ata de julgamento e das contrarrazões do Ministério Público, tenho que restou demonstrado, de forma incontroversa que, durante os debates, o Promotor de Justiça, ainda que de forma indireta, fez referência ao silêncio do acusado em prejuízo à defesa. Desimporta, assim, qualquer esclarecimento quanto ao" contexto da menção em pauta ", pois o objetivo da referência é claro, ou seja, incutir nos jurados o entendimento de que um inocente não permaneceria em silêncio," viria dizer, ao menos, que era inocente ". Então, a contrario sensu, quem opta pelo silêncio, como fez o réu, não seria inocente. E o objetivo da lei de vedar, sob pena de nulidade, qualquer referência ao silêncio do réu, tem como finalidade preservar incólume a garantia constitucional do réu ao silêncio - art. 5º, inciso LXIII, da CF. Assim, a referência feita pelo agente ministerial ao silêncio do réu contraria expressa disposição legal, atingindo o núcleo do direito ao silêncio e da garantia fundamental da plenitude de defesa. Portanto, tenho que houve clara ofensa ao art. 478, II, da Lei Processual Penal, motivo pelo qual o réu terá de ser submetido a novo julgamento, restando prejudicadas as demais alegações do recurso. Apelo provido. Revogaram a prisão preventiva. (Apelação Crime Nº 70053275574, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Osnilda Pisa, Julgado em 29/05/2013)

APELAÇÃO-CRIME. HOMICÍDIO SIMPLES TENTADO. ERRO NA EXECUÇÃO. CONDENAÇÃO PELO TRIBUNAL DO JÚRI. APELO DEFENSIVO. NULIDADE POSTERIOR À PRONÚNCIA. MENÇÃO AO SILÊNCIO DO ACUSADO EM SEU PREJUÍZO. OFENSA AO ART. 478, II, DA LEI PROCESSUAL PENAL. OCORRÊNCIA. O próprio magistrado presidente registrou que o douto Promotor de Justiça fez referência, uma ou duas vezes, ao silêncio do apelante em seu interrogatório policial, alegando que em sendo irmão de policiais e tendo sido acidental o disparo de arma de fogo efetuado, poderia ter esta última circunstância ter sido alegada desde a fase pré-processual. Isso, por óbvio, prejudicou o recorrente. Ademais, o fato de o juiz presidente ter aconselhado os jurados para desconsiderarem tal alusão, por certo, não apaga de suas memórias o questionamento implantado pelo agente ministerial. Nesse cenário, tenho que houve ofensa ao art. 478, II, da Lei Processual Penal, motivo pelo qual o réu terá de ser submetido a novo julgamento, restando prejudicadas as demais alegações recursais. Apelo provido. (Apelação Crime Nº 70039811054, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marco Antônio Ribeiro de Oliveira, Julgado em 04/05/2011)

Daí por que, dou provimento ao apelo da Defesa, com fulcro na alínea a do inciso III do artigo 593 do Código de Processo Penal, a fim de declarar a nulidade do julgamento, por ofensa ao artigo 478, inciso II, do Código de Processo Penal, e determinar que o acusado **Edimilson Marques da Silva**seja submetido a novo julgamento perante o Tribunal do Júri, restando prejudicado o exame das demais questões do recurso.

Des. José Antônio Cidade Pitrez (PRESIDENTE E REVISOR) - De acordo com o (a) Relator (a).

Des. Marco Aurélio de Oliveira Canosa

Eminentes Colegas. Acompanho o voto da douta Relatora. Anote-se:

RECURSO ESPECIAL. CRIME CONTRA A PESSOA. HOMICÍDIO SIMPLES. TENTATIVA. ART. 478, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. NULIDADE. OCORRÊNCIA. PREJUÍZO AO RÉU. COMPROVAÇÃO. INFLUÊNCIA NA IMPARCIALIDADE DOS JURADOS. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. A reforma do art. 478, do Código de Processo Penal, efetuada pela Lei nº 11.689/2008, vedando a referência ao silêncio do acusado, por ocasião dos debates no Tribunal do Júri, visou à reafirmação da soberania do corpo de jurados e independência de suas decisões, que devem ser proferidas sem influências danosas à imparcialidade dos juízes leigos, em prejuízo do réu.
2. Nenhum ato deve ser declarado nulo sem a efetiva comprovação de prejuízo para a acusação ou defesa, nos termos do art. 563, do Código de Processo Penal.
3. Está evidenciada a ocorrência de prejuízo para o réu, pois conforme registrado em ata pelo Juiz Presidente do Tribunal do Júri da Comarca de Carazinho/RS, houve referência de silêncio do réu durante o interrogatório policial por uma ou duas vezes, tendo ele concluído pela ausência de prejuízo, mas, mesmo assim, concitara aos jurados que desconsiderassem tal alusão ou relato do promotor a respeito. Entretanto, de nada resolve o Juiz Presidente do Tribunal do Júri impedir novas menções por parte do órgão acusatório e pedir aos juízes leigos que apaguem da memória algo que já foi ressaltado, pois verifica-se já ter sido produzido prejuízo em detrimento do réu, visto que os jurados já tomaram conhecimento da citada influência danosa a sua imparcialidade.
4. Recurso especial não provido.
(**REsp 1299809/RS, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, QUINTA TURMA, julgado em 20/02/2014, DJe 25/02/2014**)
DES. JOSÉ ANTÔNIO CIDADE PITREZ - Presidente - Apelação Crime nº 70051820074, Comarca de Cachoeira do Sul:"DERAM PROVIMENTO AO APELO DA DEFESA, COM FULCRO NA ALÍNEA A DO INCISO III DO ARTIGO 593 DOCÓDIGO DE PROCESSO PENAL, A FIM DE DECLARAR A NULIDADE DO JULGAMENTO, POR OFENSA AO ARTIGO478, INCISO II, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, E DETERMINARAM QUE O APELANTE SEJA SUBMETIDO A NOVO JULGAMENTO PERANTE O TRIBUNAL DO JÚRI, RESTANDO PREJUDICADA A ANÁLISE DAS DEMAIS QUESTÕES. UNÂNIME."
Julgador (a) de 1º Grau: ROSUITA MAAHS

ANEXO II – OP Nº 70053275574

OP
Nº 70053275574
2013/Crime

APELAÇÃO CRIME. JÚRI. HOMICÍDIO TENTADO. CONDENAÇÃO PELO TRIBUNAL DO JÚRI. APELO DEFENSIVO. NULIDADE POSTERIOR À PRONÚNCIA. MENÇÃO AO SILÊNCIO DO RÉU. OFENSA AO ART. 478,II, DO CPP. OCORRÊNCIA. Diante do teor da ata de julgamento e das contrarrazões do Ministério Público, tenho que restou demonstrado, de forma incontroversa que, durante os debates, o Promotor de Justiça, ainda que de forma indireta, fez referência ao silêncio do acusado em prejuízo à defesa. Desimporta, assim, qualquer esclarecimento quanto ao "contexto da menção em pauta", pois o objetivo da referência é claro, ou seja, incutir nos jurados o entendimento de que um inocente não permaneceria em silêncio, "viria dizer, ao menos, que era inocente". Então, a* contrario sensu*, quem opta pelo silêncio, como fez o réu, não seria inocente. E o objetivo da lei de vedar, sob pena de nulidade, qualquer referência ao silêncio do réu, tem como finalidade preservar incólume a garantia constitucional do réu ao silêncio – art. 5º, inciso LXIII, da CF. Assim, a referência feita pelo agente ministerial ao silêncio do réu contraria expressa disposição legal, atingindo o núcleo do direito ao silêncio e da garantia fundamental da plenitude de defesa. Portanto, tenho que houve clara ofensa ao art. 478, II, da Lei Processual Penal, motivo pelo qual o réu terá de ser submetido a novo julgamento, restando prejudicadas as demais alegações do recurso.
Apelo provido. Revogaram a prisão preventiva.

Apelação Crime	Primeira Câmara Criminal
Nº 70053275574	Comarca de Uruguaiana
CARLOS DA SILVA ARISTIMUNHO	APELANTE
MINISTÉRIO PÚBLICO	APELADO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.
Acordam os Magistrados integrantes da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, em dar provimento ao apelo, com fulcro na alínea 'a' do inciso III, art. 593 do CPP, a fim de declarar a nulidade do julgamento, por ofensa ao art. 478, II, doCPP, e determinaram que o acusado Carlos da Silva Aristimunho seja submetido a novo julgamento perante o tribunal do júri, restando prejudicado o exame da outra nulidade e das demais alíneas do apelo defensivo, bem como, revogar a prisão preventiva e determinar a expedição de alvará de soltura, na origem, com comunicação à vítima
Custas na forma da lei.
Participaram do julgamento, além da signatária, os eminentes Senhores **Des. Newton Brasil de Leão (Presidente e Revisor) e Des. Manuel José Martinez Lucas**.

Porto Alegre, 29 de maio de 2013.
DR.ª OSNILDA PISA,
Relatora.
RELATÓRIO
Dr.ª Osnilda Pisa (RELATORA)
Na Comarca de Uruguaiana, o Ministério Público ofereceu denúncia contra CARLOS DA SILVA ARISTIMUNHO, dando-o como incurso nas sanções do art. 121, § 2º, I e IV, c/c o art. 14, inc. II, ambos doCódigo Penal, pelo cometimento do seguinte fato delituoso:

> "No dia 27 de dezembro de 2011, terça-feira, por volta das 15h, na quadra J, Rua 12, casa 681, em Uruguaiana, o denunciado CARLOS DAS SILVA ARISTIMUNHO, fazendo uso de uma arma branca, tentou matar a vítima ATALIBA MELO DA ROSA, contra ela desferindo golpes e causando-lhe lesões (auto de exame de corpo de delito – fl. 28/IP), não se consumando o crime por circunstância alheia à sua vontade, ou seja, em razão da intervenção de terceira pessoa, que impediu o denunciado de prosseguir golpeando a vítima, e também por esta não ter sido atingida em ponto imediatamente vital do corpo.
> Na ocasião, o denunciado CARLOS, ao perceber a vítima caminhando em via pública, passou a segui-la. Então, quando Ataliba ingressou em sua própria casa, Carlos entrou atrás, passando a golpear repetidamente a vítima com arma branca que portava, sendo interrompido pela ação de um filho da vítima, que lhe arremessou uma pedra.
> O crime foi cometido por motivo torpe, ou seja, em razão de o denunciado nutrir sentimento de aversão à vítima, decorrente desta ter sido marido da atual companheira do denunciado.
> Também, o crime foi cometido mediante recurso que dificultou a defesa da vítima, a qual foi atacada a golpes de faca no interior de sua própria residência, em circunstância em que não supunha fosse alvo de agressão homicida."

A denúncia foi recebida em 16.01.2012 (fl. 43)
Citado, o réu solicitou a nomeação de defensor (fls. 45/46). Intimada (46vº), a Defensoria Pública apresentou resposta à acusação (fls. 47/50). Durante a instrução foram inquiridas as testemunhas e a vítima (fls. 62/75) e o réu foi interrogado (fls. 76/81).
Apresentados os memoriais pelo Ministério Público (fls. 90/92) e pela defesa (fl. 93/98), sobreveio sentença (fls. 99/100), publicada em 16.05.2012 (fl. 101), pronunciando o réu como incurso nas sanções do art. 121, § 2º, I e IV, c/c o art. 14, inc. II, ambos do Código Penal.
Inconformada, a defesa interpôs recurso em sentido estrito (fl. 103), apresentando suas razões às fls. 105/116.
À unanimidade, a Primeira Câmara Criminal do TJRS, no julgamento do RSE nº 70050564277, negou provimento ao recurso (fls. 134/136).
Submetido a julgamento perante o Tribunal do Júri, o réu restou condenado nas sanções do art. 121, § 2º, incisos I e IV, c/c art. 14, inciso II, ambos do Código Penal, à pena privativa de liberdade de 08 (oito) anos de reclusão, e, regime inicial fechado (fls. 178/182vº)
A Defesa apelou, com fundamento nas alíneas a, b, c, e d do incisoIII do art. 593 do Código de Processo Penal (fl. 183). Nas razões (fl. 185/189), preliminarmente, pede a revogação da prisão preventiva. No mérito, alega a nulidade do julgamento por ofensa ao art. 478, inciso II, e ao art. 476, ambos do CPP, bem como, pede a reforma da sentença para redimensionar a pena-base. Subsidiariamente, pede o afastamento da condenação ao pagamento das custas processuais.
O Ministério Público apresentou contrarrazões (fls. 190/192).

Nesta instância, emitindo parecer, o Dr. Ivan Melgaré, Procurador de Justiça, opinou pelo improvimento do apelo defensivo (fls. 194/201).
O processo foi distribuído por sorteio, em 21.03.2013, ao Eminente Desembargador Sylvio Baptista Neto (fl. 202), sendo redistribuído a esta Relatora para julgamento, em regime de substituição.
Esta Câmara adotou o procedimento informatizado, tendo sido atendido o disposto no artigo 613, inciso I, do Código de Processo Penal.
É o relatório.

VOTOS

Dr.ª Osnilda Pisa (RELATORA)

Trata-se de apelação interposta pela defesa contra decisão proferida pelo Tribunal do Júri da Comarca de Uruguaiana, que condenou o réu CARLOS DA SILVA ARISTIMUNHO, como incurso nas sanções do art. 121, § 2º, incisos I e IV, c/c o art. 14, inciso II, ambos doCódigo Penal, à pena de 08 (oito) anos de reclusão, em regime fechado.
Conheço do apelo nos termos em que foi interposto, ou seja, com fulcro no art. 593, inciso III, alíneas a, b, c e d, do Código de Processo Penal, muito embora nas razões recursais a irresignação tenha sido limitada às alíneas **a** – *nulidade pela ofensa ao art.* 478*, inciso* II*, e art.* 476*, ambos do* CPP – e **c** – *merece reforma a pena aplicada* – (fl. 187)

NULIDADE POSTERIOR À PRONÚNCIA - Alínea a do inciso III do art. 593 do Código de Processo Penal.

1.1. Violação ao art. 478, inciso II, do CPP.

Sustenta a defesa que *"ficou consignado em ata, a pedido da defesa técnica, que durante a sustentação oral o membro do Ministério Público fez referência ao silêncio do acusado de forma negativa, aduzido que* ***'se estivesse sendo acusado de alguma coisa, viria dizer, ao menos que era inocente'****, e outras expressões semelhantes"* (fl. 187).
Reza o artigo o inciso II do artigo 478 do Código de Processo Penal:

> *"Durante os debates as partes não poderão,* ***sob pena de nulidade, fazer referências****:*
> *I - [...];*
> *II –* ***ao silêncio do acusado*** *ou à ausência de interrogatório por falta de requerimento, em seu prejuízo."*

Consta da ata de julgamento pelo Tribunal do Júri (fls. 179vº/180):

> "**9. INCIDENTES – Art. 495, inc. XV**
> A pedido da Defesa fica consignado que **o Ministério Público** explicou, no debate, o dolo eventual e **afirmou que se tivesse sendo acusado de alguma coisa, viria dizer, ao menos, que era inocente"**

Nas contrarrazões, o Ministério Público, não se insurgiu quanto ao teor do registro consignado na ata de julgamento. Consta das contrarrazões recursais (fl. 191):

> "[...]
> Ora, a consignação feita em ata de julgamento, à fl. 180, não se configura a vedada referência ao silêncio do réu. Com efeito, do mencionado registro, não se infere tenha o agente ministerial feito alusão ao 'silêncio do réu'. De ser destacado que a consignação em questão não esclarece o contexto da menção em pauta, não se afigurando a vedação estabelecida pelo inciso II do art. 478 do CPP."

Contudo, tenho que restou plenamente configurada a afronta ao artigo 478, II, do Código de Processo Penal, que proíbe as partes de fazerem referências, durante dos debates, ao silêncio do acusado.
No caso, consta da ata de julgamento que, *"após prévia entrevista reservada com seu defensor,* ***o acusado manifestou o desejo de permanecer em silêncio****"* (fl. 179vº).

Pois bem, diante do teor da ata de julgamento e das contrarrazões do Ministério Público, tenho que restou demonstrado, de forma incontroversa que, durante os debates, o Promotor de Justiça, ainda que de forma indireta, fez referência ao silêncio do acusado em prejuízo à defesa.

Desimporta, assim, qualquer esclarecimento quanto ao "contexto da menção em pauta", pois o objetivo da referência é claro, ou seja, incutir nos jurados o entendimento de que um inocente não permaneceria em silêncio, "viria dizer, ao menos, que era inocente". Então, a *contrario sensu*, quem opta pelo silêncio, como fez o réu, não seria inocente.

E o objetivo da lei de vedar, sob pena de nulidade, qualquer referência[1] ao silêncio do réu, tem como finalidade preservar incólume a garantia constitucional do réu ao silêncio – art. 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal – "o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de **permanecer calado**, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado"– isto é, que o direito do réu ao silêncio não venha em seu prejuízo.

Assim, a referência feita pelo agente ministerial ao silêncio do réu contraria expressa disposição legal, atingindo o núcleo do direito ao silêncio e da garantia fundamental da plenitude de defesa.

Portanto, tenho que houve clara ofensa ao art. 478, II, da Lei Processual Penal, motivo pelo qual o réu terá de ser submetido a novo julgamento, restando prejudicadas as demais alegações do recurso.

Neste sentido, já decidiu esta Primeira Câmara Criminal, por unanimidade:

> APELAÇÃO-CRIME. HOMICÍDIO SIMPLES TENTADO. ERRO NA EXECUÇÃO. CONDENAÇÃO PELO TRIBUNAL DO JÚRI. APELO DEFENSIVO. NULIDADE POSTERIOR À PRONÚNCIA. MENÇÃO AO SILÊNCIO DO ACUSADO EM SEU PREJUÍZO. OFENSA AO ART. 478, II, DA LEI PROCESSUAL PENAL. OCORRÊNCIA. O próprio magistrado presidente registrou que o doutor **Promotor de Justiça fez referência, uma ou duas vezes, ao silêncio do apelante em seu interrogatório policial, alegando que em sendo irmão de policiais e tendo sido acidental o disparo de arma de fogo efetuado, poderia ter esta última circunstância ter sido alegada desde a fase pré-processual**. Isso, por óbvio, prejudicou o recorrente. Ademais, o fato de o juiz presidente ter aconselhado os jurados para desconsiderarem tal alusão, por certo, não apaga de suas memórias o questionamento implantado pelo agente ministerial. Nesse cenário, tenho que houve ofensa ao art. 478, II, da Lei Processual Penal, motivo pelo qual o réu terá de ser submetido a novo julgamento, restando prejudicadas as demais alegações recursais. Apelo provido. (Apelação Crime Nº 70039811054, Primeira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marco Antônio Ribeiro de Oliveira, Julgado em 04/05/2011)

No mesmo sentido:

> APELAÇÃO. HOMICÍDIOS QUALIFICADOS TENTADOS. PRIMEIRA PRELIMINAR DE NULIDADE ACOLHIDA. SEGUNDA PREFACIAL DE NULIDADE E MÉRITO PREJUDICADOS. 1. A redação do artigo 478,II, do Código de Processo Penal é clara ao vedar as partes, durante os debates, sob pena de nulidade, fazer alusão ao silêncio do réu em seu prejuízo. 2. No caso concreto, restou registrado em ata de julgamento ter **o Ministério Público feito referência, em quatro oportunidades, ao exercício do direito de silêncio do acusado na fase pré-processual, em seu prejuízo, na medida em que mencionou que se o imputado tivesse efetivamente sido vítima de uma emboscada, teria salientado tal fato por ocasião do interrogatório policial.** 3. O direito de permanecer calado está assegurado

> constitucionalmente, sendo que **o silêncio do acusado não pode ser alegado em seu prejuízo**. O magistrado possui conhecimentos técnicos específicos sobre as questões constitucionais e processuais penais, devendo motivar suas decisões com base na sua percepção, no seu sentir sobre a prova produzida nos autos. Os jurados, por sua vez, são juízes leigos, os quais condenam ou absolvem os réus com base em íntima convicção, na medida em que não necessitam fundamentar o porquê do sentido de determinada decisão. 4. Assim, **o fato de o órgão acusador induzir expressamente que o silêncio do réu na fase policial o foi para ocultar a realidade, como ficou registrado no caso concreto - mesmo após o esclarecimento do juiz presidente, no sentido de que o silêncio do imputado não deveria ser levado em seu desfavor - é causa de nulidade**. PRIMEIRA PRELIMINAR DE NULIDADE ACOLHIDA. SEGUNDA PRELIMINAR E MÉRITO PREJUDICADOS. (Apelação Crime Nº 70047631494, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Nereu José Giacomolli, Julgado em 31/05/2012)

Daí por que dou provimento ao apelo da defesa, com fulcro na alínea 'a' do inciso III do art. 593 do CPP, a fim de declarar a nulidade do julgamento, por ofensa ao art. 478, II, do CPP, e determinar que o acusado **Carlos da Silva Aristimunho** seja submetido a novo julgamento perante o Tribunal do Júri, restando prejudicado o exame da outra nulidade é das demais alíneas.

Considerando que o réu foi preso em flagrante no dia 27.12.2011 e permanece segregado até agora, não tendo ele dado causa a nulidade reconhecida, acolho o pedido da defesa e revogo a prisão preventiva, determinando a expedição de alvará de soltura, na origem, para que o réu seja imediatamente posto em liberdade, se por 'al' não estiver preso, com comunicação à vítima, nos termos do art. 201, § 2º, do CPP.

Des. Newton Brasil de Leão (PRESIDENTE E REVISOR) - De acordo com o (a) Relator (a).

Des. Manuel José Martinez Lucas - De acordo com o (a) Relator (a).

DES. NEWTON BRASIL DE LEÃO - Presidente - Apelação Crime nº 70053275574, Comarca de Uruguaiana: "DERAM PROVIMENTO AO APELO, COM FULCRO NA ALÍNEA 'A' DO INCISO III ART. 593 DOCPP, A FIM DE DECLARAR A NULIDADE DO JULGAMENTO, POR OFENSA AO ART. 478, II, DO CPP, E DETERMINARAM QUE O ACUSADO CARLOS DA SILVA ARISTIMUNHO SEJA SUBMETIDO A NOVO JULGAMENTO PERANTE O TRIBUNAL DO JÚRI, RESTANDO PREJUDICADO O EXAME DA OUTRA NULIDADE E DAS DEMAIS ALÍNEAS DO APELO DEFENSIVO, BEM COMO, REVOGARAM A PRISÃO PREVENTIVA E DETERMINARAM A EXPEDIÇÃO DE ALVARÁ DE SOLTURA, NA ORIGEM, COM COMUNICAÇÃO À VÍTIMA."

Julgador (a) de 1º Grau: RICARDO PETRY ANDRADE

ANEXO III - Apelação Criminal nº 0010.11.007465-4

CÂMARA ÚNICA - TURMA CRIMINAL
Apelação Criminal nº 0010.11.007465-4
Apelante: Tiago de Oliveira Nascimento
Advogado: Paula Cristiane Araldi OAB/RR 289-A
Apelado: Ministério Público do Estado de Roraima
Relator: Des. Leonardo Pache de Faria Cupello

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação Criminal interposta por Tiago de Oliveira Nascimento contra sentença proferida pelo Juiz da 3ª Vara Criminal Residual, da Comarca de Boa Vista, que condenou o apelante a uma pena de 04 (quatro) anos de reclusão e 100 (cem) dias-multa, pela prática do crime previsto no artigo 311, do CP.
O apelante requer, em preliminar, que seja anulado o processo desde o início por inépcia da denúncia, bem como em razão da decretação da revelia tendo em vista que tinha patrono constituído nos autos.
No mérito, alega ausência de provas em relação à autoria, ao final, requer a absolvição, ou, alternativamente, a desclassificação do crime de adulteração de sinal de veículo automotor para o de receptação culposa, por falta de provas da autoria do apelante (fls. 93/101).
Contrarrazões pelo desprovimento do recurso (fls. 104/110).
A Procuradoria de Justiça manifestou-se pelo conhecimento do recurso e seu total desprovimento (fls. 112/119).
Vieram-me os autos conclusos.
É o sucinto relato.
Encaminhe-se à revisão regimental.

Boa Vista - RR, 11 de dezembro de 2015.

Leonardo Pache de Faria Cupello

- Des. Relator

VOTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Trata-se de Apelação Criminal interposta por Tiago de Oliveira Nascimento contra sentença proferida pelo Juiz da 3ª Vara Criminal Residual, da Comarca de Boa Vista, que condenou o apelante a uma pena de 04 (quatro) anos de reclusão e 100 (cem) dias-multa, pela prática do crime previsto no artigo 311, do CP.

O apelante requer, em preliminar, que seja anulado o processo desde o início por inépcia da denúncia, bem como em razão da decretação da revelia tendo em vista que tinha patrono constituído nos autos.

No mérito, alega ausência de provas em relação à autoria, ao final, requer a absolvição, ou a

desclassificação do crime de adulteração de sinal de veículo automotor para o de receptação culposa, por falta de provas da autoria do apelante (fls. 93/101).
Por questão de ordem, passo a analisar, de início, as preliminares arguidas pela defesa.

DA PRELIMINAR DE NULIDADE DO PROCESSO EM RAZÃO DA REVELIA DECRETADA E AUSÊNCIA DO APELANTE NA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO

Aduz o apelante que teve o seu direito de defesa cerceado em razão de não ter participado da audiência realizada no dia 26 de março de 2014.

No entanto, razão não lhe assiste.

Verifica-se dos autos que o apelante foi devidamente intimado para comparecer à audiência (fls. 47/48), tendo esta sido realizada na presença do Defensor Público, (Ata de Deliberação de fl. 53), bem como decretada a sua revelia.

Como bem ressaltado no parecer ministerial, a realização da audiência sem a presença do réu não lhe causou nenhum prejuízo, eis que realizada na presença do Defensor, ademais, em nenhum momento o apelante justificou a sua ausência.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS ? OITIVA DAS TESTEMUNHAS DE ACUSACAO - AUSENCIA DE INTIMACAO PESSOAL DO REU ?PRESENCA DO PATRONO OU DEFENSOR CONSTITUIDO PELO JUÍZO ? AUSENCIA DE PREJUIZO ? NULIDADE -INOCORRENCIA ? INTERROGATORIO DE CORREU ? ART. 191 DO CPP. I - A ausência do réu na audiência de oitiva das testemunhas de acusação constitui nulidade relativa, cujo reconhecimento depende de sua arguição no momento próprio e da comprovação de efetivo prejuízo; II ? Hipótese em que, nem a defesa constituída pelo réu, presente a todos os depoimentos e nem mesmo este, ao assumir a defesa própria, questionaram qualquer nulidade perante o Juízo de 1o grau, não apontando qualquer prejuízo efetivo para a defesa; III ? A ausência do paciente no depoimento de correu não importa em qualquer vicio, ja que os acusados devem ser interrogados separadamente, de acordo com a disposição contida no art. 191 do CPP; IV ? Ordem denegada. (TRF-2 201102010112461 2011.02.01.011246-1, Relator: Desembargador Federal MESSOD AZULAY NETO, Data de Julgamento: 29/11/2011, SEGUNDA TURMA ESPECIALIZADA, Data de Publicação: E-DJF2R - Data::13/12/2011 – Página::110).

Assim, rejeito essa preliminar.

DA PRELIMINAR DE INÉPCIA DA DENÚNCIA

Sustenta o apelante que a denúncia é inepta, em razão de conter vícios que a maculam.

Entendo que essa preliminar, também não merece substrato no mundo jurídico, tendo em vista que a denúncia apresentada pelo Ministério Público atende todos os requisitos previstos no artigo 41 do CPP, expondo os fatos e circunstâncias de forma clara, com a devida qualificação do acusado, bem como rol de testemunhas.

Dessa forma, rejeito a preliminar.

DO MÉRITO

Passemos a analisar a tese de inexistência de indícios para autoria.

O magistrado de primeiro grau fundamentou sua decisão da seguinte forma:

(…) A materialidade restou comprovada através do bem elaborado Laudo de Exame Pericial.
No que se refere à autoria, os elementos probatórios levam a creditá-la ao Réu, diante da ausência de prova em contrário, consubstanciada por sua revelia, pelo seu silêncio em sede policial e pelo depoimento da Vítima!

A certeza quanto à responsabilidade do Réu ADRAINO provém dos indícios descritos, conexos lógica e proximidade com os demais elementos do processo e com o fato a ser provado, afastadores de odas as hipóteses favoráveis ao agente, tendo sido produzidos licitamente em juízo com a possibilitação do contraditório, tudo nos termos do artigo 239, do Código de Processo Penal. (…) sentença de fl. 73.

A vítima, afirmou que presenciou o réu com a sua motocicleta que havia sido furtada, que a motocicleta estava com a numeração do chassi raspada, o que foi devidamente comprovado pelo laudo de exame pericial de fls. 33/40 do auto de prisão em apenso.

Com efeito, a materialidade do delito restou comprovada, contudo, o mesmo não pode se dizer em relação à autoria.

O réu não foi ouvido em juízo, a vítima ouvida nada trouxe que pudesse comprovar o conhecimento do réu acerca da origem ilícita do bem, tão pouco a sua conduta em relação à adulteração da placa da motocicleta, baseando-se tão somente em meras suposições pela forma como foi encontrado na posse da motocicleta.

Assim, tem-se que tais informes, em que pese significativos da materialidade, se apresentam demasiadamente frágeis a indicar à autoria da infração ao réu.

A fundamentação exposta pelo magistrado de que os elementos levam à autoria do réu, em especial pelo seu silêncio e revelia, não são idôneos a ensejar um decreto condenatório.

Ao analisar o princípio do nemo temetur se detegere, constata-se que o acusado não é obrigado a produzir prova contra si mesmo, sendo inviável que, do exercício desse direito, lhe resulte qualquer gravame. Apesar de o ditado popular afirmar que "quem cala consente", como a Constituição Federal assegura ao acusado o direito ao silêncio (art. 5º, inc. LXIII), seu exercício não pode ser interpretado como indício de sua culpabilidade.

O art. 186 do CPP dispõe que, depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas. Ademais, segundo o parágrafo único do art. 186 do CPP, o silêncio, que não importará em

confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa. (...). Nesse sentido:

PENAL. PORTE DE MUNIÇÕES DE USO PERMITIDO. ART.12, CAPUT, DA LEI Nº 10.826/2003. ABSOLVIÇÃO. INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. CONDENAÇÃO. INVIABILIDADE. SILÊNCIO DO RÉU. PREJUÍZO. IMPOSSIBILIDADE. CONFISSÃO. AUTOS DIVERSOS. AUSÊNCIA DE DEFENSOR. AFRONTA AO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. PRINCÍPIO IN DUBIO PRO REO. RECURSO IMPROVIDO. 1. O SILÊNCIO DO RÉU NÃO IMPORTA EM CONFISSÃO, BEM COMO NÃO PODE SER INTERPRETADO EM SEU PREJUÍZO. 2. A CONFISSÃO DO ACUSADO EM PROCESSO NO QUAL FOI OUVIDO COMO TESTEMUNHA PODE SER LEVADA EM CONSIDERAÇÃO PARA A ANÁLISE DA AUTORIA DO CRIME POR ELE REVELADO, TODAVIA, SEU VALOR PROBATÓRIO DEVE SER MITIGADO, DEVENDO IGUALÁ-LA À CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL, POSTO QUE COLHIDA SEM OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA, UMA VEZ QUE O CONFESSOR NÃO SE ENCONTRAVA ASSISTIDO POR DEFENSOR CONSTITUÍDO OU DATIVO. 3. SE AS DECLARAÇÕES DO RÉU, EQUIPARADAS À CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL, RESTAREM ISOLADAS NO ARCABOUÇO PROBATÓRIO, MANTIDA DEVE SER A ABSOLVIÇÃO, TENDO EM VISTA A FRAGILIDADE DO CONJUNTO PROBATÓRIO QUANTO À AUTORIA DELITIVA, A ATRAIR O PRINCÍPIO IN DUBIO PRO REO. 4. RECURSO IMPROVIDO. (TJ-DF - APR: 20111210022050 DF 0002179-16.2011.8.07.0012, Relator: CESAR LABOISSIERE LOYOLA, Data de Julgamento: 21/11/2013, 2ª Turma Criminal, Data de Publicação: Publicado no DJE : 05/12/2013 . Pág.: 107)

Assim, a fragilidade da prova angariada no bojo dos autos imperativamente leva à prevalência da presunção de inocência e, por conseguinte, à absolvição do réu. Ante o exposto, em dissonância com o parecer ministerial, conheço do recurso e DOU provimento, para ABSOLVER o apelante do crime previsto no art. 311 do CPP. É como voto.
Boa Vista - RR, 18 de dezembro de 2015.

Leonardo Pache de Faria Cupello

- Des. Relator –

EMENTA

PENAL. PROCESSO PENAL. ARTIGO 311 DO CP. PRELIMINARES DE INÉPCIA DA DENÚNCIA E NULIDADE DO PROCESSO EM RAZÃO DA REVELIA DECRETADA. PRELIMINARES REJEITADAS. AUSÊNCIA DE NULIDADE. CONDENAÇÃO BASEADA NO SILÊNCIO DO RÉU E REVELIA. IMPOSSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO186 PARÁGRAFO ÚNICO DO CPP. O SILÊNCIO DO RÉU NÃO IMPORTA EM CONFISSÃO. NÃO PODE SER INTERPRETADO EM SEU PREJUÍZO. SENTENÇA REFORMADA PARA ABSOLVER O RÉU. RECURSO PROVIDO EM DISSONÂNCIA COM O PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO GRADUADO.
1. O art. 186 do CPP dispõe que, depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe

forem formuladas. Ademais, segundo o parágrafo único do art. 186 do CPP, o silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa
3. Recurso PROVIDO.
4. Sentença reformada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Apelação Criminal nº 0010.11.007465-4, acordam os Excelentíssimos Senhores Desembargadores integrantes da Turma Criminal da Câmara Única do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Roraima, à unanimidade e em consonância com o parecer do Ministério Público, em DAR PROVIMENTO ao recurso, nos termos do voto do Relator, que fica fazendo parte integrante deste Julgado. Participaram do julgamento o Des. Ricardo Oliveira (Presidente), Des. Mauro Campello (Julgador) e o (a) representante da douta Procuradoria de Justiça. Sala das Sessões do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Roraima, aos dezoito dias do mês de dezembro do ano de dois mil e quinze.

Leonardo Pache de Faria Cupello
- Des. Relator -

ANEXO IV – GRAVAÇÃO INTERROGATÓRIO