

Boletim Científico

Escola Superior do Ministério Público da União



Boletim Científico

Escola Superior do Ministério Público da União

Ano 9 – Números 32/33 – janeiro/dezembro 2010
Brasília-DF



Direito Penal, Processual Penal e Eleitoral

O art. 305 do Código de Processo Penal Militar e o direito ao silêncio

Maria Elizabeth Guimarães*
Cynthia Coelho Cortez**

Sumário: 1 Introdução. 2 O direito ao silêncio nas Constituições brasileiras. 3 O direito ao silêncio como meio de prova e de defesa. 4 O direito de mentir. 5 Ordenamento jurídico hierarquizado – supremacia constitucional. 6 Conclusão.

1 Introdução

Reflexão jurídica relevante na doutrina penal militar versa sobre a inconstitucionalidade material do art. 305 do CPPM em face da Lei Maior promulgada em 1988 e sua conseqüente revogação pela Carta Política. O dispositivo prescreve que o silêncio do acusado, por ocasião do interrogatório, poderá ser interpretado em prejuízo de sua defesa.

Leia-se a aludida disposição do CPPM:

Art. 305. Antes de iniciar o interrogatório, o juiz observará ao acusado que, embora não esteja obrigado a responder às perguntas que lhe forem formuladas, *o seu silêncio poderá ser interpretado em prejuízo da própria defesa.*

A expressão contida na parte final do artigo transcrito possui forte carga subjetiva. Adentra na esfera teleológica da dicotomia do

* Doutora em Direito Constitucional. Professora Universitária. Ministra do Superior Tribunal Militar.

** Bacharela em Direito pelo Centro de Ensino Universitário de Brasília (UniCEUB).

poder/dever presente no âmbito jurídico. Por certo há uma linha tênue a distinguir as duas possibilidades. Reza o inciso LXIII do art. 5º da Constituição Federal que:

Art. 5º [Omissis]

[..]

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.

A disposição transcrita da Lei Fundamental maneja garantia fundamental do cidadão, de aplicação imediata, conforme o § 1º do art. 5º da Carta Política. Alia-se aos princípios da ampla defesa (art. 5º, inciso LV) e da presunção apriorística da não culpabilidade (art. 5º, inciso LVII), arcabouço jurídico de resguardo aos direitos do acusado.

Nesse diapasão, o dito popular “quem cala consente” não tem guarida na esfera legal. A presunção de inocência, consoante o preceito constitucional esculpido no inciso LVII do art. 5º, deve lastrear o processo penal até que se dê a formação do conjunto probatório que conduza à irrefutável culpabilidade do denunciado.

Afirma Grinover (1984, p. 109): “do silêncio não podem deduzir-se presunções que superem a presunção de inocência do réu”.

Decorre daí, o direito de o acusado permanecer calado, bem como o de produzir prova ampla a seu favor sem que tal prerrogativa lhe cause prejuízo de qualquer espécie.

Sobre a ampla defesa, o art. XI, n. 1, da Declaração Universal dos Direitos do Homem assegura:

[...] todo homem acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada

de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.

2 O direito ao silêncio nas Constituições brasileiras

Historicamente, a consolidação desse princípio na normatividade pátria percorreu as diversas Constituições. A Lei Imperial de 1824 estatuiu em seu art. 179, inciso XIX, a abolição de açoites, tortura, marca de ferro quente e penas cruéis, reprimindo o uso de meios opressores irregulares para forçar a produção de prova oral.

Por seu turno, a Constituição da Primeira República, de 1891, preconizou o princípio da ampla defesa de forma explícita no § 16 do art. 72:

Aos acusados se assegurará na lei a mais ampla defesa, com todos os recursos e meios essenciais a ela, desde a nota de culpa, entregue em vinte e quatro horas ao preso e assinada pela autoridade competente, com os nomes do acusado e das testemunhas.

Semelhantemente, a Lei Fundamental de 1934, em seu art. 113, n. 24, dispôs que “A lei assegurará aos acusados ampla defesa, com os meios e recursos essenciais a esta”.

Positivou-se na Constituição de 1937 (art. 122, n. 11) o princípio do contraditório, consubstanciado na Carta Política de 1946 (art. 141, § 25), que o associou à ampla defesa no curso da instrução criminal resguardando, ainda, a possibilidade de autodefesa do investigado/acusado.

Já na Constituição de 1967, emendada em 1969, evidenciaram-se os institutos da ampla defesa e do contraditório, além de outras garantias. No entanto, foi somente com a promulgação da vigente Carta Magna que se imprimiu amplitude sem precedentes aos direitos individuais e sociais básicos do cidadão.

De forma efetiva, coube a *Lex Fundamentalis*, promulgada em 1988, incrementar o rol de garantias, em sede de processo-crime, com o explícito direito ao silêncio. Consigne-se que anteriormente à Constituição de 1934¹, o Código de Processo Penal de Minas Gerais impunha limitação ao juiz de, unicamente, fazer duas perguntas ao acusado: uma sobre os dados pessoais do interrogado e outra o convidando a fazer alguma alegação a bem da defesa (HADDAD, 2000, p. 52).

Ironicamente, na contramão do processo evolutivo da normatização garantista ao cidadão, o Código de Processo Penal de 1941 recrudesciu o tratamento jurídico sobre o direito de calar-se em juízo. A disposição codificada previa, semelhantemente ao vigente Código de Processo Penal Militar, que o silêncio poderia ser interpretado em prejuízo da própria defesa. Tal disposição processual penal assim estabelecia, *in verbis*:

Art. 186. Antes de iniciar o interrogatório, o juiz observará ao réu que, embora não esteja obrigado a responder às perguntas que lhe forem formuladas, o seu silêncio poderá ser interpretado em prejuízo da própria defesa.

Àquele tempo, a disposição processual conduzia à utilização do silêncio do acusado como presunção de culpabilidade, formatando-o em prejuízo da defesa.

Por essa razão, provectoros doutrinadores, antes mesmo da vigência da novel Carta, insurgiam-se contra essa sistemática processual à vista da presunção de tal prerrogativa reverter em desfavor do réu (FRANCO, 1960, p. 222-226).

As opiniões, no entanto, colidiam, pois outros juristas aduziam que:

¹ A partir da Constituição de 1934, a competência para legislar sobre processo penal tornou-se privativa da União.

[...] a decorrência do prejuízo pelo exercício do silêncio ensejaria apenas uma faculdade judicial, à vista de ter dispositivo legal mencionado que o seu silêncio apenas poderá ser interpretado em prejuízo da defesa. (ROSA, 1982, p. 298)

A Lei Fundamental de 1988, contudo, dissipou as divergências e estabeleceu um consenso doutrinário: a invocação e/ou o exercício do silêncio não acarreta presunção de interpretação desfavorável ao acusado/investigado. Assim, ninguém seria privado da defesa por calar em seu próprio benefício. Sintetiza a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, nos seguintes termos:

[...] III. *Nemo tenetur se detegere*: direito ao silêncio. Além de não ser obrigado a prestar esclarecimentos, o paciente possui o direito de não ver interpretado contra ele o seu silêncio. IV. Ordem concedida, para cassar a condenação².

A propósito, o Ministro Celso de Mello aduziu:

Cabe registrar que a cláusula legitimadora do direito ao silêncio, ao explicitar, agora em sede constitucional, o postulado segundo o qual *nemo tenetur se detegere*, nada mais fez senão consagrar desta vez no âmbito do sistema normativo instaurado pela Carta da República de 1988, diretriz fundamental proclamada, desde 1791, pela Quinta Emenda que compõe o *Bill of Rights* norte-americano³.

Em decisão unânime da Segunda Turma da Suprema Corte, tomada na sessão de 23.6.2009, nos autos do *Habeas Corpus* n. 99.289, relatado pelo Ministro Celso de Mello, anulou-se decreto de prisão preventiva fundamentado na falta de colaboração da acusada, ré em ação penal referente a homicídio duplamente qualificado, que evocou seu direito constitu-

² STF, HC n. 84.517/SP, Primeira Turma, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 19.10.2004, *DJ* de 19 nov. 2004.

³ STF, Decisão ref. medida cautelar no HC n. 80.530/PA, rel. Min. Celso de Mello, *DJ* de 17 nov. 2000, p. 0040.

cional de permanecer em silêncio e não produzir provas contra si durante interrogatório.

Sobre a caracterização do silêncio na esfera penal, preleciona Tucci (2004, p. 368):

Com efeito, essa opção concedida ao preso, investigado ou indiciado, já no início da persecução penal, ou a partir da instauração da *informatio delicti*, e ao acusado, após a formulação da proposição acusatória, representa, outrossim, por um lado, a preambular conformação da autodefesa, com ou sem a integração da defesa técnica; e por outro, o reconhecimento de que ela resulta do exercício de um direito constitucionalmente estabelecido, encartado no de ampla defesa e particularizado no contraditório.

3 O direito ao silêncio como meio de prova e de defesa

A doutrina mais balizada tem identificado o direito ao silêncio como um mecanismo de autodefesa e eventualmente como meio de prova. Dessa forma, o ápice do momento processual se dá no interrogatório, o primeiro ato de instrução criminal elevado a estandarte para o julgador, uma vez que, a partir daquele momento, são traçados os rumos que nortearão o processo penal. A autodefesa está marcadamente presente no fato de que o acusado não é obrigado a oferecer elementos probatórios que lhe sejam desfavoráveis. Por outro lado, é entendida como meio de prova, pois exsurgem das respostas do interrogado fundamentos de convencimento para o juiz proferir seu veredicto.

Para Nucci (2008, 5. ed., p. 422-423 e 432), o interrogatório é a oportunidade que tem o réu de apresentar a sua versão sobre a acusação. Sintetiza o autor: “O momento é de autodefesa, primordialmente. Em segundo plano, forma-se a prova, contra o réu ou em seu benefício, caso deseje falar”.

Nessa vertente, tem-se que o interrogatório foi inicialmente reconhecido como meio de prova, por ser o primeiro ato de instrução criminal. Entretanto, numa releitura contemporânea do instituto, prevalece sua expressiva natureza defensiva, apesar de, topologicamente, estar no início da instrução penal.

No rito dos processos submetidos ao Juizado Especial Criminal, com maior ênfase, o interrogatório é concebido como defesa, porquanto posto no final da instrução, após a coleta das provas testemunhais.

Acirrando o tratamento jurídico conferido ao interrogatório, o Supremo Tribunal Federal⁴ o concebe tanto como prova quanto como defesa, numa vertente mista, ao passo que o Superior Tribunal de Justiça⁵, aliando-se à doutrina, empresta a este ato processual meio de defesa e fonte de prova, posição mais acurada com os postulados jurídicos.

Didaticamente, Mirabete (1999, p. 262) comentando o art. 185 do Código de Processo Penal aduz ser o interrogatório um ato de instrução, sob a presidência do juiz, no qual o réu é indagado sobre os fatos narrados na denúncia ou queixa, dando-lhe a oportunidade para defender-se. A lei considera-o, portanto, como meio de prova e, a doutrina, como meio de defesa.

4 O direito de mentir

Por certo, o exercício do direito ao silêncio pelo acusado não fica adstrito ao interrogatório. Nesse diapasão, perfeitamente aceitável que se alastre tal prerrogativa por todo *iter* processual, dentro

⁴ RTJ n. 73/758. STF, RHC n. 53.195, Primeira Turma, rel. Min. Antonio Nader, j. em 6.5.1975.

⁵ RT n. 731/542. STJ, REsp n. 62.515, Sexta Turma, rel. Min. Vicente Leal, j. em 4.12.1995, DJ de 11 mar. 1996.

dos parâmetros de um processo justo, no qual seja assegurado ao denunciado o pleno exercício das garantias peculiares ao Estado Democrático de Direito. Ele exercerá a garantia da ampla defesa se adotar uma postura ativa ou passiva, de modo a atender à conveniência de seus propósitos. Ativamente poderá exprimir suas manifestações por gestos ou palavras, utilizando-se, inclusive, do expediente da mentira. Ao revés, postar-se-á em uma postura passiva se recorrer à prerrogativa do silêncio.

Em singular abordagem acerca da matéria, o Ministro Sepúlveda Pertence sintetizou-a em ementa de julgado do STF:

Mas, em matéria de direito ao silêncio e à informação oportuna dele, a apuração do gravame há de fazer-se a partir do comportamento do réu e da orientação de sua defesa no processo: o direito à informação oportuna da faculdade de permanecer calado visa a assegurar ao acusado a livre opção entre o silêncio – que faz recair sobre acusação todo o ônus da prova do crime e de sua responsabilidade – e a intervenção ativa, quando oferece versão dos fatos e se propõe a prová-la: a opção pela intervenção ativa implica abdicação do direito a manter-se calado e das consequências da falta de informação oportuna a respeito⁶.

Prado (2001, p. 653) enfaticamente preleciona sobre a situação do denunciado frente ao tipo legal do falso testemunho:

Ressalte-se, nessa trilha, que a condição de imputado exclui a de testemunha. Além de ser parte no processo penal, não tem ele a obrigação de dizer a verdade – limite da punibilidade de uma declaração falsa. No delito em foco a condição de testemunha – em sentido material – é elemento do tipo penal [falso testemunho]. E tal condição não possui o imputado, ainda que se declare como testemunha. Por conseguinte, é força concluir que há na hipótese ausência de tipicidade da ação. De igual modo, também

⁶ STF, HC n. 78.708/SP, Primeira Turma, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 9.3.1999, *DJ* de 16 abr. 1999.

não ocorre falso testemunho em se tratando de declaração mendaz do acusado relativa aos fatos atribuídos ao seu co-réu.

A seu turno, afirma Marques (2000, p. 389) que “O réu não é obrigado a depor contra si próprio e tem o direito de responder mentirosamente ao juiz que o interroga”.

Semelhantemente, aduz Tourinho Filho (2007, p. 272):

[...] se o réu tem o direito ao silêncio (CF, art. 5, LXIII); [...] se não há lei que obrigue o réu a falar a verdade, é indubitoso que o interrogatório (melhor seria denominá-lo declaração) é meio de defesa e não de prova.

A mentira possui uma particularidade: mesmo se corolário de um discurso ativo do acusado está protegida pelo seu direito ao silêncio; isso se dá, por exemplo, quando é afirmado um fato falso tentando-se obscurecer ou encobrir algo acerca do que deseja calar.

A jurisprudência tem-se firmado no sentido de que “tem o sujeito o direito de permanecer calado e até mesmo o de mentir para não se auto-incriminar com as declarações prestadas”⁷.

Ratificando, pronuncia-se Nucci (2008, p. 262):

Sustentamos ter o réu o direito de mentir em seu interrogatório de mérito. Em primeiro lugar, porque ninguém é obrigado a auto-acusar-se. Se assim é, para evitar a admissão de culpa, há de

⁷ STF, HC n. 75.257-8/RJ, Primeira Turma, rel. Min. Moreira Alves, j. em 17.6.1997, *DJ* de 29 ago. 1997 (Observação: Este julgado refere-se ao caso de indivíduo que mente sobre haver assinado termo de declaração. Não configuração, *in casu*, do delito do art. 299 do CP. O STF entendeu tratar-se de um direito de não autoincriminação, derivado do direito ao silêncio).

No mesmo sentido:

STJ, HC n. 52.370/SP, Quinta Turma, rel. Min. Gilson Dipp, j. em 9.5.2006, *DJ* de 5 jun. 2006.

STJ, REsp. n. 54.781/SP, Sexta Turma, rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, j. em 9.10.1995, *DJ* de 26 fev. 1996.

afirmar o réu algo que sabe ser contrário à verdade. Em segundo lugar, o direito constitucional à ampla defesa não poderia excluir a possibilidade de narrar inverdades, no intuito cristalino de fugir à incriminação. Aliás, o que não é vedado pelo ordenamento jurídico é permitido. E se é permitido torna-se direito. [...]

No campo processual penal, quando o réu, para se defender, narra mentiras ao magistrado, sem incriminar ninguém, constitui seu direito de refutar a imputação. O contrário da mentira é a verdade. Por óbvio, o acusado está protegido pelo princípio de que não é obrigado a se auto-incriminar, razão pela qual pode declarar o que bem entender ao juiz. É, pois, um direito.

Por sua vez, forçar a quebra do silêncio deve ser entendido como tortura. Fere mortalmente os princípios estruturais do Estado Democrático de Direito. A propósito, o Marquês Cesare de Beccaria, em obra clássica *Dos delitos e das penas*, escrito por volta de 1764, sustentava:

Direi ainda, é monstruoso e absurdo exigir que um homem seja acusador de si mesmo, e procurar fazer nascer a verdade pelos tormentos, como se essa verdade residisse nos músculos e nas fibras do infeliz! (BECCARIA, 1874, p. 44)

Incontestemente a garantia do direito ao silêncio proteger o acusado, tendo por desiderato impedir que o réu facilite a própria condenação pela inquirição ou produção de provas contra si. Representa os princípios básicos de liberdade do ser humano. Preciosa síntese é fornecida por Moraes (2008, p. 66):

O direito de permanecer em silêncio, constitucionalmente consagrado, apresenta-se como verdadeiro complemento aos princípios do *due process of law* e da ampla defesa, garantindo-se dessa forma ao acusado não só o direito ao silêncio puro, mas também o direito a prestar declarações falsas e inverídicas, sem que por elas possa ser responsabilizado, uma vez que não se conhece em nosso ordenamento jurídico o crime de perjúrio [para o acusado].

Saliente-se que o silêncio não há de ser encarado como forma de dificultar a apuração da conduta ou empecilho para punição, uma vez que a materialidade e a autoria do fato típico, ilícito e culpável carecem de comprovação por esforço do Estado, e não do réu.

5 Ordenamento jurídico hierarquizado – supremacia constitucional

A propósito, o Pacto de São José da Costa Rica⁸ estabelece o direito do cidadão em não incorrer na autoincriminação. É o que pode ser confirmado na dicção de Rangel (2002, p. 784-785) abaixo:

De acordo com o Pacto de São José da Costa Rica (art. 8º, 2, g), toda pessoa tem o direito de não ser obrigada a depor contra si mesma nem a declarar-se culpada e, portanto, não está o indiciado obrigado a fornecer os escritos à autoridade policial. O ônus da prova, no processo penal moderno, pertence todo ao Ministério Público, não sendo admissível que o indiciado tenha que suportar o encargo de municiar o órgão de acusação para que este ofereça denúncia contra aquele.

Internalizado na ordem jurídica nacional pelo Decreto n. 678, 6 de novembro de 1992, vigora na positividade com o *status* de norma supra legal.

Ora, inadmite-se na positividade confrontos ou distorções entre os diversos dispositivos legais existentes. O direito processual há de estar intimamente alinhado aos ditames da Lei Maior, dando azo à existência de um direito processual constitucional⁹.

⁸ O Pacto de São José da Costa Rica foi aprovado pelo Congresso Nacional em 1992, por intermédio do Decreto Legislativo n. 27/1992 e com cumprimento integral determinado pelo Decreto n. 678/1992.

⁹ No magistério de Cintra, Grinover e Dinamarco (1992, p. 72-74):

“É inegável o paralelo existente entre a disciplina do processo e o regime constitucional em que o processo se desenvolve. [...]”

Isto porque o arcabouço jurídico-normativo deriva de um

Todo o direito processual, como ramo do direito público, tem suas linhas fundamentais traçadas pelo direito constitucional, que fixa a estrutura dos órgãos jurisdicionais, que garante a distribuição da justiça e a declaração do direito objetivo, que estabelece alguns princípios processuais; e o direito processual penal chega a ser apontado como direito constitucional aplicado às relações entre autoridade e liberdade.

Mas além de seus pressupostos constitucionais, comuns a todos os ramos do direito, o direito processual é fundamentalmente determinado pela Constituição em muitos de seus aspectos e institutos característicos.

Alguns dos princípios gerais que o informam são, ao menos inicialmente, princípios constitucionais ou seus corolários: em virtude deles o processo apresenta certos aspectos, como o do juiz natural, o da publicidade das audiências [...].

Isso significa, em última análise, que o processo não é apenas instrumento técnico, mas sobretudo ético. E significa, ainda, que é profundamente influenciado por fatores históricos, sociológicos e políticos. [...]

Mas é justamente a Constituição, como resultante do equilíbrio das forças políticas existentes na sociedade em dado momento histórico, que se constitui no instrumento jurídico de que deve utilizar-se o processualista para o completo entendimento do fenômeno processo e de seus princípios. [...]

O direito processual constitucional abrange, de um lado, (a) a tutela constitucional dos princípios fundamentais da organização judiciária e do processo; (b) de outro, a jurisdição constitucional.

A tutela constitucional dos princípios fundamentais da organização judiciária corresponde às normas constitucionais sobre os órgãos da jurisdição, sua competência e suas garantias.

A jurisdição constitucional compreende, por sua vez, o controle judiciário da constitucionalidade das leis e dos atos da Administração, bem como a denominada jurisdição constitucional das liberdades, com o uso dos remédios constitucionais-processuais – *habeas corpus*, mandado de segurança, mandado de injunção, *habeas data* e ação popular. [...]

Mas a tutela constitucional do processo é matéria atinente à teoria geral do processo, pelo que passamos a examiná-la em sua dúplice configuração: a) direito de acesso à justiça (ou direito de ação e de defesa); b) direito ao processo (ou garantias do devido processo legal).

O antecedente histórico das garantias constitucionais da ação e do processo é o art. 39 da Magna Carta, outorgada em 1215 por João Sem-Terra a seus barões: ‘nenhum homem livre será preso ou privado de sua propriedade, de sua liberdade ou de seus hábitos, declarado fora da lei ou exilado ou de qualquer forma destruído, nem o castigaremos nem mandaremos forças contra ele, salvo julgamento legal feito por seus pares ou pela lei do país’.

sistema hierarquizado e deve primar pela unidade. Caso ocorram situações de confronto de disposições legais, mesmo que no âmbito principiológico, existem ferramentas adequadas para sanar as antinomias, pois o ordenamento jurídico sustenta-se, tão somente, sobre bases harmônicas¹⁰.

Cláusula semelhante, já empregando a expressão *due process of law*, foi jurada por Eduardo III; do direito inglês passou para o norte-americano, chegando à Constituição como V Emenda.

A análise da Constituição brasileira em vigor aponta vários dispositivos a caracterizar a tutela constitucional da ação e do processo.

Nota-se, inicialmente, que a própria Constituição se incumbe de configurar o direito processual não mais como mero conjunto de regras acessórias de aplicação do direito material, mas, cientificamente, como instrumento público de realização da justiça.”

¹⁰ Acerca da matéria, esclarece Bobbio (1989, p. 59-114)

“Posto um ordenamento de normas de diversas procedências, a unidade do ordenamento postula que as normas que o compõem sejam unificadas. Essa *reductio ad unum* não pode ser realizada se no ápice do sistema não se põe uma norma única, da qual todas as outras, direta ou indiretamente, derivem.

Essa norma única não pode ser senão aquela que impõe obedecer ao poder originário do qual deriva a Constituição, que dá origem às leis ordinárias, que, por sua vez, dão origem aos regulamentos, decisões judiciais etc. Se não postulássemos uma norma fundamental, não acharíamos o *ubi consistam*, ou seja, o ponto de apoio do sistema. E essa norma última não pode ser senão aquela de onde deriva o poder primeiro. [...]

A situação de normas incompatíveis entre si é uma dificuldade tradicional frente à qual se encontravam os juristas de todos os tempos, e teve uma denominação própria característica: antinomia. A tese de que o ordenamento jurídico constitui um sistema no terceiro sentido exposto pode-se exprimir também dizendo que o Direito não tolera antinomias. Em nossa tradição romanística o problema das antinomias já foi posto com muita clareza nas duas célebres constituições de Justiniano, e com ele se abre o Digesto; aqui Justiniano afirma imperiosamente que no Digesto não há normas incompatíveis e usa a palavra antinomia. [...]

As regras fundamentais para a solução das antinomias são três:

- a) o critério cronológico;
- b) o critério hierárquico;
- c) o critério da especialidade.

Destarte, com o fito de ajustar-se à Carta Magna, o Código de Processo Penal comum foi alterado em seu art. 186 pela Lei n. 10.792/2003, cuja redação preceitua:

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.

O critério cronológico, chamado também de *lex posterior*, é aquele com base no qual, entre duas normas incompatíveis, prevalece a norma posterior: *lex posterior derogat priori*. [...] Textualmente: 'As leis não são revogadas a não ser por incompatibilidades entre as novas disposições e as precedentes'.

O critério hierárquico, chamado também de *lex superior*, é aquele pelo qual, entre duas normas incompatíveis, prevalece a hierarquicamente superior: *lex superior derogat inferiori*. [...]

O terceiro critério, dito justamente da *lex specialis*, é aquele pelo qual, de duas normas incompatíveis, uma geral e uma especial (ou excepcional), prevalece a segunda: *lex specialis derogat generali*. [...] lei especial é aquela que anula uma lei mais geral, ou que subtrai de uma norma uma parte da sua matéria para submetê-la a uma regulamentação diferente (contrária ou contraditória). A passagem de uma regra mais extensa (que abrange um certo *genus*) para uma regra derogatória menos extensa (que abrange uma *species do genus*) corresponde a uma exigência fundamental de justiça, compreendida como tratamento igual das pessoas que pertencem à mesma categoria. [...]

[...] Quando se aplica o critério cronológico ou o hierárquico, tem-se geralmente a eliminação total de uma das duas normas. Diferentemente dos relacionamentos cronológico e hierárquico, que não suscitam necessariamente situações antinômicas, o relacionamento de especialidade é necessariamente antinômico. [...]

Uma regra que se refere às normas de um ordenamento jurídico, como o é a proibição de antinomias, pode ser dirigida apenas àqueles que têm relação com a produção e aplicação das normas, em particular ao legislador, que é o produtor por excelência, e ao juiz, que é o aplicador por excelência. Dirigida aos produtores de normas, a proibição soa assim: 'Não deveis criar normas que sejam incompatíveis com outras normas do sistema'. Dirigida aos aplicadores, a proibição assume esta outra forma: 'Se vocês esbarrarem em antinomias, devem eliminá-las'. Trata-se agora de ver se e em quais situações existem uma ou outra dessas duas normas, ou ambas."

Acertadamente firmou a *ratio legis*, em sua literalidade, o direito ao silêncio com uma garantia inarredável ao acusado, dantes sedimentado em sede jurisprudencial¹¹.

Em boa hora, a Lei n. 10.792/2003 foi sancionada reformulando a disposição processual penal ordinária¹², pois não deve o silêncio do interrogado ser encarado como obstáculo para a *persecutio criminis*. Ao revés, o Estado deve valer-se de sua estrutura e dos mecanismos jurídicos cabíveis para comprovar a materialidade e a autoria da imputação delituosa.

Nesse diapasão, o julgado do STF, *in litteris*:

A submissão de uma pessoa à jurisdição penal do Estado coloca em evidência a relação de polaridade conflitante que se estabelece entre a pretensão punitiva do Poder Público e o resguardo à intangibilidade do *jus libertatis* titularizado pelo réu. A persecução penal rege-se, enquanto atividade estatal juridicamente vinculada, por padrões normativos, que, consagrados pela Constituição e pelas leis, traduzem limitações significativas ao poder do Estado. Por isso mesmo, o processo penal só pode ser concebido – e assim deve ser visto – como instrumento de salvaguarda da liberdade do réu. O processo penal condenatório não é um instrumento de arbítrio do Estado. [...] Ao delinear um círculo de proteção em torno da pessoa do réu – que jamais se presume culpado, até que sobrevenha irrecorrível sentença condenatória –, o processo penal revela-se instrumento que inibe a opressão judicial e que, condicionado por parâmetros ético-jurídicos, impõe ao órgão acusador o ônus integral da prova, ao mesmo tempo que faculta ao acusado, que jamais necessita demonstrar sua inocência, o direito de defender-se [...]. A própria exigência de processo judicial representa pode-

¹¹ Vide: RT n. 709/313: “[...] não mais prevalece a advertência final do art. 186 do CPP, pois não será lícito ao Juiz considerar culpado o réu, simplesmente porque permaneceu silente. À acusação é que cumpre produzir a prova da culpabilidade *lato sensu* do acusado.”

¹² Esposando entendimento idêntico, Tourinho Filho (2007, p. 280).

roso fator de inibição do arbítrio estatal e de restrição ao poder de coação do Estado¹³.

Assim, o ajuste operado na codificação processual penal comum buscou a adequação pertinente ao postulado constitucional. Isto porque o ordenamento jurídico é um conjunto de normas hierarquicamente estruturadas, conferindo a *Lex Magna* o fundamento de validade para todas as espécies normativas vigentes no sistema jurídico.

Preleciona Bonavides (2002, p. 409):

A relação [...] estabelecida entre a Constituição e a lei é a relação dispositiva, estipulativa ou de vinculação. A norma mais alta regula o ato, mediante o qual se produz a norma inferior, e não só define o procedimento de produção da norma mais baixa senão que determina também eventualmente o conteúdo da norma a ser produzida.

Concernente ao art. 305 do CPPM, antagônico à Carta de 1988, de indiscutível relevância para adentrar-se no mérito da discussão, o fenômeno da recepção das normas infraconstitucionais. Sabido que, sendo a lei material e formalmente compatível com a Constituição, será ela recepcionada pela nova ordem jurídica. Todavia, verificando-se a desconformidade hierárquica do dispositivo legal pretérito, configura-se o fenômeno da revogação, acorde o brocardo *lex posterior derogat priori*, uma vez ser inidônea a ação direta de inconstitucionalidade para atos normativos pretéritos. O juízo negativo de recepção dá ensejo à revogação de norma materialmente desconforme ao ordenamento constitucional superveniente, em substituição ao fenômeno da “não recepção” de outrora, conforme assentado pelo STF¹⁴. Tal como colocado pela

¹³ STF, HC n. 73.338/RJ, Primeira Turma, rel. Min. Celso de Mello, j. em 13.8.1996, DJ de 19 dez. 1996.

¹⁴ A propósito, a decisão da Suprema Corte na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 74-8/RN, que respalda a “revogação” acima explicitada.

Suprema Corte, a incompatibilidade entre a lei infraconstitucional anterior em face da Constituição posterior se resolve pela revogação da primeira e não por sua inconstitucionalidade¹⁵.

“Ação direta de inconstitucionalidade. Impugnação de ato estatal editado anteriormente à vigência da CF/88. Inconstitucionalidade superveniente. Inocorrência. Hipótese de revogação do ato hierarquicamente inferior por ausência de recepção. Impossibilidade de instauração do controle normativo abstrato. Ação direta não conhecida.

A ação direta de inconstitucionalidade não se revela instrumento juridicamente idôneo ao exame da legitimidade constitucional de atos normativos do Poder Público que tenham sido editados em momento anterior ao da vigência da Constituição sob cuja égide foi instaurado o controle normativo abstrato.

A fiscalização concentrada de constitucionalidade supõe a necessária existência de uma relação de contemporaneidade entre o ato estatal impugnado e a Carta Política sob cujo domínio normativo veio ele a ser editado.

O entendimento de que leis pré-constitucionais não se predispõem, vigente uma nova Constituição, à tutela jurisdicional de constitucionalidade *in abstracto* – orientação jurisprudencial já consagrada no regime anterior (RTJ 95/980 – 95/993 – 99/544) – foi reafirmado por esta Corte, em recentes pronunciamentos, na perspectiva da Carta Federal de 1988.

A incompatibilidade vertical superveniente de atos do Poder Público, em face de um novo ordenamento constitucional, traduz hipótese de pura e simples revogação dessas espécies jurídicas, posto que lhe são hierarquicamente inferiores.

O exame da revogação de leis ou atos normativos do Poder Público constitui matéria absolutamente estranha à função jurídico-processual da ação direta de inconstitucionalidade.” (Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 74-8/RN, Pleno do STF, rel. Min. Celso de Mello, j. em 7.2.1992, DJ de 25 set. 1992). RTJ 143/355.

¹⁵ Deste teor o Acórdão proferido em sede da ADIn n. 2-1/DF, cuja ementa segue transcrita:

“CONSTITUIÇÃO. LEI ANTERIOR QUE A CONTRARIE. REVOGAÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE. IMPOSSIBILIDADE.

1. A lei ou é constitucional ou não é lei. Lei inconstitucional é uma contradição em si. A lei é constitucional quando fiel à Constituição; inconstitucional na medida em que a desrespeita, dispondo sobre o que lhe era vedado. O vício da inconstitucionalidade é congênito à lei e há de ser apurado em face da Constituição vigente ao tempo de sua elaboração. Lei anterior não pode ser inconstitucional em relação à Constituição superveniente; nem o legislador poderia infringir Constituição futura. A Constituição sobrevinda não torna inconstitucionais leis anteriores com ela conflitantes: revoga-as. Pelo fato de ser superior, a Constituição não deixa de produzir efeitos revogatórios. Seria ilógico que a lei

Por pertinente, a lição de Brossard (1992, p. 127), para quem:

[...] as leis anteriores à Constituição não podem ser inconstitucionais em relação a ela, que veio a ter existência mais tarde. Se entre ambas houver inconciliabilidade, ocorrerá revogação, dado que a lei posterior revoga a lei anterior com ela incompatível, e a lei constitucional, como lei que é, revoga as leis anteriores que se lhe oponham.

Exige-se, então, relação de contemporaneidade entre a edição da lei e a vigência da Constituição com o desiderato de propiciar a fiscalização da verticalidade fundamentadora.

6 Conclusão

Nesse diapasão, considerando a incompatibilidade material do art. 305 do Código de Processo Penal Militar com os ditames constitucionais em vigor *ex vi* do art. 5º, LXIII, sua revogação pela Carta da República é medida que se impõe ao magistrado militar, incidentalmente, no curso do processo penal, uma vez que o silêncio do acusado não pode, em nenhuma hipótese, ser interpretado em seu prejuízo. A efetiva atuação do Judiciário na defesa das garantias e direitos assecuratórios do cidadão, mormente o do devido processo legal, projeta o futuro da democracia enquanto expressão, síntese e substância das quatro gerações de direitos, cuja concretude, garantia e universalidade necessitam do aparelho judiciário. Afinal, conforme afirmou Ruy Barbosa, “quem dá às Constituições realidade, não é nem a inteligência que as concebe, nem o pergaminho que as estampa; é a magistratura que as defende”.

fundamental, por ser suprema, não revogasse, ao ser promulgada, leis ordinárias. A lei maior valeria menos que a lei ordinária.

2. Reafirmação da antiga jurisprudência do STF, mais que cinquentenária.

3. Ação direta de que se não conhece por impossibilidade jurídica do pedido.”

(Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2-1/DF, Pleno do STF, rel. Min. Paulo Brossard, j. em 6.2.1992, *DJ* de 21 nov. 1997).

Referências

- BECCARIA, Cesare de. *Del Delitti e Delle Pene*. Torino: Unione Tipográfica-Editrice Torinese, 1874. v. único.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Tradução de Cláudio de Cicco e Maria Celeste C. J. Santos; Revisão técnica de João Ferreira. São Paulo: Polis; Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1989.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.
- BROSSARD, Paulo. *A Constituição e as leis a ela anteriores*. Arquivo Ministério da Justiça. Brasília, 45 (180), jul./dez. 1992.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R. *Teoria geral do processo*. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1992.
- FRANCO, Ary Azevedo. *Código de processo penal*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1960. v. 1.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo em sua unidade*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- HADDAD, Henrique Bortido. *Interrogatório no processo penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.
- MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. 2. ed. atual. Campinas: Millennium, 2000. v. II.
- MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Código de processo penal interpretado*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 1999.
- MORAES, Alexandre de. A evolução do direito ao silêncio. *Revista Jurídica Consulex* – Ano XII – n. 281, de 30.9.2008.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. *Manual de processo penal e execução penal*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

PRADO, Luiz Régis. *Curso de direito penal brasileiro – Parte especial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. v. 4.

RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2002.

ROSA, Borges da. *Comentários ao Código de Processo Penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo penal*. 29. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 3.

TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.