

A ELOQUÊNCIA DE HARPÓCRATES: ENSAIO SOBRE O SILÊNCIO NO DIREITO BRASILEIRO

Rodrigo Fuziger¹

Submetido(*submitted*): 24 de agosto de 2016

Aceito(*accepted*): 29 de setembro de 2016

SUMÁRIO: 1. Prelúdio: brevíssimas considerações acerca do silêncio; 2. O(s) silêncio(s) no Direito; 3. Silêncio e bem decidir: a incomunicabilidade do corpo de jurados no tribunal do júri; 4. Silêncio criminoso e silêncio protetor: testemunhas e réus no sistema penal brasileiro; 5. Quem cala consente? silêncio e Direito Civil; 6. Conclusão (ou: um silêncio físico, múltiplos silêncios jurídicos); 7. Referências Bibliográficas.

RESUMO

Este trabalho visa analisar o papel do silêncio no Direito. Há centenas, senão milhares, de menções ao silêncio no ordenamento jurídico brasileiro. Todavia, não se pretende, aqui, estabelecer uma arqueologia ou uma espécie de taxionomia dos institutos jurídicos referentes ao silêncio. O que se busca verificar, a partir de um olhar antropológico, é a hipótese de que há uma miríade de significados jurídicos para o silêncio, a depender do contexto e ramo do Direito que dele tratar. Assim, cabe perquirir como um fenômeno absolutamente idêntico (por justamente ser uma ausência de estímulo sensorial, sendo um nada e, portanto, fisicamente, sempre igual) adquire, dentro do específico campo do Direito, sentidos e funções diversas e, até mesmo, antagônicas. A tese da multiplicidade de sentidos do silêncio possivelmente pode ser evidenciada em virtude de que, dentro do plano jurídico, observa-se que o silêncio (como ausência de expressão sensível) transmuta-se ora em dever, ora em faculdade, ora em proibição. Assim, a partir de análises perfunctórias de alguns exemplos do uso do silêncio no Direito (no Tribunal do Júri; na produção probatória no processo penal; nos negócios jurídicos), buscar-se-á mostrar a condição poliédrica do significado do silêncio no Direito brasileiro, com diversas faces a depender da circunstância jurídica em que é empregado, o que evidenciaria uma ação da cultura atribuindo múltiplos sentidos ao mesmo fenômeno (ou ausência de fenômeno) físico.

PALAVRAS-CHAVE: Antropologia do Direito; silêncio; jurados; réus; testemunhas; contratantes.

ABSTRACT

This work aims to analyze the role of silence in the Law. There are hundreds, if not thousands, references to the silence in the Brazilian Legal System. However, the focus of this work isn't establishing an archeology of the silence in the legal institutions. What is sought is the hypothesis that there are plenty legal meanings for silence, depending on the context and branch of Law that addressing it. Thus, the silence is absolutely identical as a phenomenon (an absence of sensorial inputs is, physically, always the same) acquires within the specific field of Law, many senses and even antagonistic functions. The thesis of multiplicity of silence senses can possibly be highlighted by the multifarious uses of the legal term Silence, sometimes transmuted on a duty, faculty or even in a forbiddance. Therefore, through an analysis of some examples of the use of silence in Law (in the jury; in the production of

¹ Bacharel, mestre e doutorando em Direito pela Universidade de São Paulo. Bacharel em Filosofia pela Universidade de São Paulo. Professor universitário e advogado.

evidences in criminal process; in the private Law), shall be demonstrated the multiplicity of meanings for the silence in the Brazilian Law, which possible evidences a cultural action by assigning different significances to the same physical phenomenon (or absence of phenomenon).

KEYWORDS: Anthropology of Law; silence; jurors; defendants; witnesses; contractors.

PRELÚDIO: BREVÍSSIMAS CONSIDERAÇÕES ACERCA DO SILÊNCIO

*“É fácil trocar as
palavras,
Difícil é interpretar o
silêncio.
(...)
Nada sabemos da alma,
Senão da nossa;
As dos outros são
olhares,
São gestos, são
palavras,
Com a suposição de
qualquer semelhança
no fundo.”*

Fernando Pessoa²

No panteão de deuses da mitologia grega, a deusa Thémis, representante da Justiça, possui enorme importância, amplamente cultuada na Grécia antiga e rememorada ao longo dos milênios subsequentes. Por outro lado, a mitologia helênica relega a Harpócrates, divindade vinculada ao silêncio, um papel absolutamente secundário. Adorado em Alexandria, a origem de seu culto ocorreu provavelmente no Egito da era ptolomaica, em virtude do sincretismo religioso entre egípcios e gregos, sendo que estes apropriaram-se da representação da figura infantil de Hórus (*Har-pa-khered* significa “Hórus, a criança”), atribuindo-lhe novo sentido.³

Assim, a mitologia grega quase silenciou acerca do silêncio, ao passo que o culto à deusa da Justiça (para alguns, atribuível à Diké) foi difundido e reverberou ao longo do espaço-tempo. Muito embora a mitologia seja um tema antropológico, faz-se referência ao Panteão grego apenas como forma de demonstrar que nas mais diversas culturas, pouco se

² In: *Poesias Inéditas*. Lisboa: Ática. 1955, p. 159.

³ A figura de Hórus criança era representada no Egito antigo, por meio de um menino com o dedo indicador próximo ao lábio, simbolizando o hábito infantil de chupar o dedo (LAVEDAN, 1931, p. 495). No entanto, o culto grego utilizou-se da mesma representação e conferiu à imagem o gestual de silêncio, até hoje utilizado nas sociedades ocidentais.

falou ou se fala a respeito do silêncio, em uma espécie de irônica metalinguagem, ao passo que o Direito é um tema central de reflexão e debate nas mais diversas sociedades, dentre elas, o Brasil contemporâneo. Há que se considerar que tal comparação põe medida sobre categorias totalmente distintas, já que o silêncio é uma espécie de recurso expressivo da comunicação, enquanto o Direito é instrumento de pacificação/dominação da sociedade. Mas tais categorias se tangenciam a partir do momento em que há um diálogo (monólogo?) entre Harpócrates e Thémis, ou seja, quando se tangencia silêncio e Direito.

Como acima mencionado, fala-se pouco sobre o não falar e suas implicações jurídicas. Dessa forma, se, em geral, o Direito é tema debatido nos mais diversos espaços e das mais variadas formas, o específico tema do silêncio no Direito não é particularmente proeminente, mesmo dentro do âmbito acadêmico. O objetivo do presente trabalho é justamente contribuir no ato de “desamordaçar” o tema do silêncio no Direito, a partir de uma aproximação interdisciplinar, alicerçada sobre o prisma do olhar antropológico. Não à toa, a escolha de um título com uma referência de ordem mitológica, sinaliza, simbolicamente, que, desde a primeira linha deste estudo, toma-se por base a premissa de que o olhar sobre o universo jurídico (inclusive, como campo fértil de uma mitologia particular) imprescindivelmente deve se ater a seus elementos culturais, os quais são formadores e conformadores do Direito.

Luís Roberto Cardoso de Oliveira aponta que um dos traços em comum entre Direito e Antropologia é a crítica às interpretações arbitrárias, seja na parcialidade das decisões ou no etnocentrismo de leituras das culturas (OLIVEIRA, 2010, p. 454). Nesse ponto de convergência, o silêncio possui inequívoca proeminência, por ser um vetor privilegiado de arbitrariedades⁴, haja vista que silenciar é motivar ou, no máximo, oferecer interpretações tácitas⁵.

A aproximação entre silêncio e Direito – empreendida a partir do recorte que se atém ao ordenamento jurídico brasileiro vigente – decorre da observação de que diversas normas jurídicas pátrias fazem menção ao silêncio. Ao que parece, fazem de forma pouco coerente, atribuindo-lhe significados distintos e, muitas vezes, antagônicos.

⁴ No entanto, não é vetor exclusivo, já que a prolixidade de um magistrado pode sustentar decisões totalmente arbitrárias.

⁵ Nesse sentido, por exemplo, qual a real motivação de um “sim” de um silente jurado? Seria a atuação da acusação ou razões íntimas a sua própria biografia? Não se quer saber o motivo e, mais além, em nosso sistema processual penal, não se deve e não se pode saber. Presume-se, numa calculada ingenuidade, que o jurado ateu-se aos fatos e na correspondente imputação, muito embora tais fatos chegaram até ele por meio de um processo (por ele(a) não lido), transmutado em um debate dialético que, não raro, não passa de um exercício de erística entre acusadores e defensores.

No entanto, essa pluralidade de significados contrasta com o silêncio que, sob o prisma físico, é um nada. É dizer, faticamente, o silêncio visto como ausência de qualquer tipo de manifestação captável pelos sentidos é sempre igual, já que é um "não ser", ao passo que seu oposto, o "ser" (como algum tipo de manifestação sensorialmente apreensível), pode se dar das mais diversas formas comunicativas.

Portanto, o silêncio é analisado aqui sob um espectro amplificado, para além da ausência de sons, visto como a ausência de expressões sensíveis não apenas à audição. Nesse sentido, por exemplo, a linguagem corporal é apta a romper o silêncio, mesmo prescindindo de sons, já que nem por isso é ineficaz em exprimir mensagens, intenções, sentimentos. Assim, para o Direito, silenciar não é sinônimo de emudecer, mas sim de não se expressar.

Diante desse panorama, surge a hipótese que norteará o presente artigo: o silêncio, como um mesmo fenômeno físico, adquire, no Direito, uma pluralidade de significados.

O(S) SILÊNCIO(S) E O DIREITO

Desde que a linguagem é atributo da condição humana (do ser humano como ser cultural) o silêncio passou a uma condição significativa privilegiada, haja vista que ele representa não mais apenas uma primitiva incapacidade de se comunicar em um idioma minimamente compartilhável⁶, mas sim a opção de não se expressar, mesmo tendo a capacidade e instrumento para tanto. Assim, hoje, cala-se apenas aquele que poderia falar e/ou escrever e/ou gesticular, etc.

Assim, para um indivíduo apto a se expressar, inserido em uma sociedade em que haja um ou mais tipos de linguagem, ficar em silêncio é opcional. No entanto, ao acrescentar a esse panorama a existência de um ordenamento jurídico, em determinadas condições, silenciar deixa de ser uma opção, tornando-se também obrigação ou proibição.⁷

Antes de pormenorizar o cotejo, acima suscitado, entre silêncio e Direito, necessário esboçar algumas considerações acerca do silêncio e o que se construiu culturalmente a seu respeito.

Pedro Paulo Gomes Pereira aponta que “o silêncio é dispositivo discursivo e devemos buscar entender as diferentes maneiras de não dizer, averiguar quem pode ou não falar,

⁶ Isso não implica afirmar que houve outrora ancestrais envolvidos pelo silêncio. Nascemos chorando e nosso corpo, por si, é elemento expressivo, o que basta para romper o silêncio. Apenas é concebível que longínquos antepassados viviam em uma condição de silêncio linguístico (seja verbal, gestual, imagético ou coisa que o valha).

⁷ Cabe apontar que normas morais ou religiosas também impõem regras comportamentais acerca do exercício do silêncio.

verificar quem fala por quem. Portanto, devemos entender os silêncios como partes integrantes das estratégias dos discursos” (PEREIRA, 2015, p. 1).

De fato, o silêncio é instrumentalizado das mais diversas maneiras e com variadas finalidades, o que é possível em virtude de sua versatilidade e potencialidade. Em síntese, o silêncio (como nada) pode vir a ser tudo, a depender das intencionalidades e interpretações. Todavia, como dito na frase anterior, o silêncio é menos um “é” e muito mais um “vir a ser”.

Nesse sentido, “nada é tão vulnerável quanto o silêncio” (LE BRETON, 1999a, p. 23). Em português, a expressão “quebrar o silêncio”⁸ vai ao encontro da constatação dessa fragilidade intrínseca ao silêncio. Este que é terreno fértil de possibilidades, vastissimamente interpretável e sempre a um átimo de deixar de ser, já que é um coadjuvante, mero intervalo do ato de se expressar⁹.

Se por um lado, o silêncio tem em sua imanência a vulnerabilidade, por outro, o Direito se apropria de suas possibilidades, tornando-o um robusto instrumento de legitimação das decisões e, por conseguinte, da pretensa obtenção da Justiça. Importa assim, buscar compreender porque, circunstancialmente, estabeleceu-se, no Direito, que ora impor, ora vedar, ora facultar o silêncio são expedientes que contribuem para a consecução de uma decisão “justa”.

Buscar-se-á evidenciar tal variabilidade da apropriação do uso do silêncio pelo Direito a partir de três exemplos que serão descortinados nos tópicos subsequentes. O primeiro deles, propositalmente mais extenso e denso que os demais, servirá de ponto de partida à demonstração da hipótese deste trabalho, abordando o silêncio como imposição aos jurados nos julgamentos de crimes dolosos contra a vida pelo Tribunal do Júri.

SILÊNCIO E BEM DECIDIR: A INCOMUNICABILIDADE DO CORPO DE JURADOS NO TRIBUNAL DO JÚRI

A Constituição Federal de 1988 manteve a sistemática do Tribunal do Júri já prevista na Constituição de 1946. Trata-se de uma instituição que é assegurada como direito fundamental, com *status* de cláusula pétrea. A Carta Magna dispõe:

⁸ Há equivalentes em outros idiomas, por exemplo: “*break the silence*” em inglês e “*briser le silence*” em francês são expressões que conotam a mesma ideia.

⁹ O incômodo e assombro que a peça “4:33” do compositor estadunidense John CAGE causa sobre uma plateia exemplifica a privilegiada capacidade do silêncio em quebrar expectativas e causar estranhamento.

Artigo 5º, XXXVIII: É reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados: a) a plenitude de defesa; b) o sigilo das votações; c) a soberania dos veredictos; d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida.

Dentre os atributos constitucionalmente assegurados ao Tribunal do Júri não está enumerada a incomunicabilidade. É no Código de Processo Penal (CPP), de 1941, que tal instituto é previsto, importando dizer que ele foi objeto de reforma em 2008. A atual redação do CPP, que em seu bojo explica o que é a incomunicabilidade, assim dispõe:

Art. 466. § 1º O juiz presidente também advertirá os jurados de que, uma vez sorteados, não poderão comunicar-se entre si e com outrem, nem manifestar sua opinião sobre o processo, sob pena de exclusão do Conselho e multa, na forma do § 2º do art. 436 deste Código.

§ 2º A incomunicabilidade será certificada nos autos pelo oficial de justiça.

Alguns juristas entendem que a incomunicabilidade é decorrência lógica do sigilo das votações (constitucionalmente assegurado), não podendo ser suprimido do ordenamento sem ofensa ao artigo 5º da Constituição Federal. Nesse sentido, afirma Schlee Gomes:

Não se pode, diante da previsão constitucional brasileira, pegar determinados pontos e colocá-los no nosso ordenamento jurídico como se fosse melhor. Há a Constituição, há uma tradição baseada na lei, no sistema brasileiro, que confia no voto independente e consciente de cada jurado e a justiça expressada na votação majoritária. A adoção do sistema baseado no sigilo das votações justifica-se na busca do voto livre e independente dos jurados, alheio a pressões e forças estranhas ao livre convencimento e, então, decisão da causa. (GOMES, 2015, p. 44)¹⁰

No entanto, ao que parece, não parece ser correto entender a incomunicabilidade como pressuposto de uma decisão sigilosa. É dizer, debater o processo não significa necessariamente revelar de que forma o jurado votará.

¹⁰Nota-se que há diversos posicionamentos diametralmente contrários, entendendo ser a incomunicabilidade inconstitucional. Nesse sentido, por exemplo, cf. RANGEL, Paulo. *A inconstitucionalidade da incomunicabilidade do conselho de sentença no Tribunal do Júri brasileiro*. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp009451.pdf>>. Acesso em: 12/07/2015.

Certo é que desde o momento em que seu nome é sorteado, o CPP estabelece que o jurado permaneça incomunicável, em silêncio acerca do processo que julgará.¹¹ Silêncio que é entendido como ausência de comunicação, haja vista que, exemplificando-se, gestos podem expressar a opinião do jurado, sendo também vedados.

No Tribunal do Júri, o Direito impõe uma obrigação de silêncio aos jurados.

O “silêncio-obrigação” é uma das formas que o Direito brasileiro se apropria e utiliza a ausência do expressar. Do ponto de vista antropológico, antes de simplesmente apontar exemplos de utilizações diversas do silêncio pelo Direito, cabe indagar quais razões sustentam ser o silêncio deliberativo dos jurados benéfico ao bom funcionamento e à efetividade do Tribunal do Júri. Assim, em breves linhas, buscar-se-á compreender e não estabelecer um juízo de valor acerca do instituto da incomunicabilidade.

Ana Lúcia Pastore Schritzmeyer aplica a noção de “evitação” à incomunicabilidade dos jurados:

Evitação é outro elemento bem difundido em cerimônias e bastante presente nos julgamentos do Júri, pois, nele, as pessoas evitam praticar certas ações, circular por determinados espaços, tocar alguns objetos e entrar em contato com outras pessoas, aumentando, assim, a significância da ocasião e reforçando-a como especial ou sagrada. A exigência de que os jurados permaneçam incomunicáveis, uma vez composto o Conselho de Sentença, é, talvez, o exemplo mais claro de uma série de comportamentos controlados por códigos de evitação. (SCHRITZMEYER, 2001, p. 92)

Dentro da perspectiva da ritualística do Tribunal do Júri, a incomunicabilidade oriunda de um “código de evitação” possivelmente decorre da tentativa de legitimar a imparcialidade dos jurados a partir do silêncio. Os juízes togados são condicionados a ao menos transparecerem imparcialidade. Tal exigência é da ordem do impraticável para os cidadãos que compõem o Conselho de sentença, haja vista que eles não são formados para tanto nem podem recorrer ao artifício da motivação de suas decisões, como forma de demonstrar imparcialidade.¹²

¹¹ Cabe lembrar que o jurado pode se comunicar com o juiz, inclusive formulando, por meio dele, perguntas ao ofendido e às testemunhas, conforme dispõe o artigo 473, §2º, do CPP.

¹² Ao menos na teoria, a partir da motivação, o magistrado demonstra que decidiu a partir de normas jurídicas vigentes. Assim, uma decisão parcial, em tese, necessitaria ao menos de elementos normativos parciais que a sustentasse. Um juiz togado pode decidir com base no mesmo raciocínio ou pelas mesmas razões que um jurado, mas ele pode lançar mão de algum princípio ou lei que vá ao encontro do teor de sua decisão.

Dessa maneira, numa plenária em que os jurados pareceram, aos olhos dos presentes, incomunicáveis¹³, poder-se-ia presumir que os sete votaram imparcialmente e tecnicamente, após uma avaliação de tudo que lhes foi apresentado no julgamento.

O silêncio impede que fatores “extrajurídicos” sejam manifestados como decisivos nas respostas dos jurados. É inegável que os trajes utilizados pelos réus ou mesmo seus trejeitos e formas de se expressarem exercem influência sobre a tomada de decisão dos jurados. Inconteste, por seu turno, que tais características também afetam os juízes togados. No entanto, estes detêm a técnica, que serve como uma espécie de verniz jurídico para legitimar decisões que passam longe da subsunção do fato à norma.¹⁴

Tal hipótese refuta a ideia de que não caberia aos jurados deliberarem livremente como forma de protegê-los de influências externas, “da lei do mais forte, da ditadura do intelectual, da submissão do tímido pelo extrovertido, da sedução e tantas outras hipóteses opressivas possíveis de ocorrer sob o regime anglo-americano entre os indivíduos-jurados, enquanto debatem na sala especial” (NASSIF, 2008, p. 145).

Ao contrário, o “silêncio-obrigação”, observado na imposição da incomunicabilidade, resguarda a impressão de bem decidir no Tribunal do Júri.

A exigência do silêncio decorre de uma busca de proteção do poder Judiciário frente aos jurados, os quais poderiam, ao romper a incomunicabilidade, evidenciar que suas decisões não são “jurídicas”, ou seja, minimamente calcadas na relação entre os fatos e as normas aplicáveis. Se assim o for, cabe um paralelo com uma crítica foucaultiana ao cientificismo:

Que sujeito falante, que sujeito de experiência ou de saber vocês querem “menorizar” quando dizem: “Eu formulo este discurso, enuncio um discurso científico e sou um cientista?”. Qual vanguarda teórico-política vocês querem entronizar para separá-la de todas as numerosas, circulantes e descontínuas formas de saber? (FOUCAULT, 1979, p. 172)

Ao Direito Processual Penal brasileiro, aplica-se a ideia do excerto de Foucault, substituindo-se a figura do cientista pela figura do “operador do Direito”. Nesse sentido, a deliberação pelo diálogo é exclusiva àqueles que pertencem integralmente ao campo jurídico

¹³ É interessante observar que acusação e defesa buscam fazer leituras dos jurados sob o “véu da incomunicabilidade”, as quais, não raro, se mostram equivocadas, dada a imprevisibilidade advinda do silêncio. Nesse sentido, um promotor do Tribunal do Júri atesta: “(...) Quando digo certas coisas, fico ao lado de uma dona de casa e, depois, vou para o lado do jovem empresário que quer subir na vida (...). Mas a gente se engana, porque os jurados jogam com essa história da incomunicabilidade e do sigilo dos votos. É o poder deles” (SCHRITZMEYER, 2001, p. 79.)

¹⁴ Nesse sentido, Rui Portanova observa que “no julgamento há premissas ocultas imperceptíveis” (PORTANOVA, 2003, p. 15).

e não esporadicamente, tal qual um jurado, leigo que circunstancialmente está investido em uma função judicante.

Diante de toda *mise-en-scene* do Tribunal do Júri, não é de se espantar que, em algumas ocasiões, os juízes leigos pouco compreendem os jargões jurídicos, a terminologia exacerbadamente e propositalmente técnica. Daí surge solo fértil para que a compreensão e formação de opinião possam surgir de elementos que não seriam, a princípio, protagonistas. Nesse sentido, o canal da expressão pode ganhar mais destaque do que a mensagem, uma vez que esta contém termos desconhecidos e ininteligíveis, mas pode ser expressa de formas conhecidas, como um tom severo ou, do contrário, de maneira plácida.

Portanto, subliminarmente, a incomunicabilidade sugere que não cabe ao jurado falar um “idioma” que não domina. Presume-se que quem pode dizer (por dominar o “idioma”), diz o quanto basta: “O imperativo de dizer tudo dissolve-se na ficção de que tudo foi dito, mesmo se deixar sem voz aqueles que teriam coisas diferentes a dizer, ou teriam escolhido um discurso diferente” (LE BRETON, 1999b, p. 13).

Para a legitimação da soberania popular por meio do Júri, demanda-se do jurado, sob o “silêncio-obrigação”, apenas a escolha muda por uma dentre duas monossílabas – sim ou não – por uma ou algumas vezes em sequência, a depender da quesitação.¹⁵

SILÊNCIO CRIMINOSO E SILÊNCIO PROTETOR: TESTEMUNHAS E RÉUS NO SISTEMA PENAL BRASILEIRO

Ainda na seara do Direito Processual e Direito Material Penal, é possível observar empregos distintos do silêncio, o qual não mais é utilizado pelo Direito como o “silêncio-obrigação” dos jurados, em incomunicabilidade.

É curioso observar que na instrução probatória do Processo Penal brasileiro, o réu é ouvido em interrogatório, bem como usualmente há o depoimento de testemunhas. Em certos casos, peritos também são ouvidos, havendo ainda situações em que intérpretes e contadores também tem atuação processual. Para o réu, o silêncio é opcional, ao passo que para todos os demais o silêncio é vedado, inclusive sancionado penalmente, sendo a conduta de silenciar equiparada ao crime de falso testemunho:

Art. 342. Fazer afirmação falsa, ou negar ou calar a verdade como testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete em processo judicial, ou administrativo, inquérito policial, ou em juízo arbitral:
Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

¹⁵ Chama-se de quesitação o conjunto de perguntas feitas aos jurados após os debates em plenário.

Portanto, por exemplo, uma testemunha que cala a verdade comete um crime. Se o ordenamento jurídico lança mão do Direito Penal para punir tal conduta, depreende-se que ela possui substancial gravidade, haja vista que o Direito Penal, pelo menos em tese, deveria ser utilizado apenas subsidiariamente, como *ultima ratio*.

À testemunha, ao perito, ao contador, o Direito impõe o dever de não calar a verdade. Observa-se, assim, o “silêncio-proibição”.

No caso das testemunhas¹⁶, o ordenamento jurídico pátrio impõe àquele que supostamente conhece a “verdade” acerca de um determinado fato, o dever de contribuir para o deslinde do processo, por meio de sua palavra que servirá de elemento probatório. Justifica-se que o conhecimento da verdade pelo(s) julgador(es) permitiria o alcance de uma decisão justa.

Verdade e justiça são atributos de grande protagonismo dentro das mais diversas culturas, o que leva o direito positivo a impor o rompimento do silêncio como meio de consecução da verdade, imediatamente e da Justiça, mediatamente.¹⁷

Sob o estrito prisma da proeminência do valor da verdade e da justiça como virtude primordial em nossa sociedade, causa perplexidade verificar que o Direito confere ao silêncio do réu um tratamento totalmente distinto daquele disposto à testemunha.

A Constituição Federal do Brasil, em seu artigo 5º, inciso LXIII, afirma que “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado (...)” A Convenção Americana de Direitos Humanos – oriunda do Pacto de São José da Costa Rica, do qual o Brasil é signatário – prevê em seu artigo 8º, o direito a não autoincriminação. Já o Código de Processo Penal, em seu artigo 186, dispõe: “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”.

¹⁶ Cabe apontar que alguns indivíduos estão isentos de servir como testemunhas, por razões diversas, como grau de parentesco ou sigilo profissional. Nesse sentido, cf. os artigos 206 e 207 do CPP.

¹⁷ John RAWLS inicia *A Theory of Justice* apontando que a justiça é a primeira virtude das instituições sociais, assim como a verdade é dos sistemas de pensamento. Perfeitamente cabível substituir “sistemas de pensamento” por “instrução probatória” ou mesmo por “processo”.

De tais comandos normativos, depreende-se que no Direito brasileiro, no que concerne ao réu, há o “silêncio-defesa”.

A dicotomia entre o silêncio do réu e da testemunha fica cristalina evidenciada em dois excertos de votos de ex-ministros do Supremo Tribunal Federal:

O comportamento do réu durante o processo na tentativa de defender-se não pode ser levado em consideração para o efeito de aumento da pena, sendo certo, também, que o réu não está obrigado a dizer a verdade (art. 5º, LXIII, da Constituição) e que as testemunhas, se mentirosas, devem elas, sem reflexo na fixação da pena do réu em favor de quem depuseram, ser punidas, se for o caso, pelo crime de falso testemunho". (STF, HC n. 72.815, rel. Min. Moreira Alves, DJU de 6/10/1995)

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 condenação. (STF, HC n. 84.517/SP, rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. em 19/10/2004)

A expressão *nemo tenetur se detegere*, oriunda do direito romano, é utilizada como princípio basilar de nosso Direito Processual Penal, assegurando que o acusado não é obrigado a produzir provas contra si mesmo, podendo, para tanto, permanecer em silêncio, o que não poderá ser interpretado em seu desfavor.

Silenciar é uma das formas possíveis de se defender da acusação feita. Muito embora, do ponto de vista da consecução da Justiça, o réu deveria ser impelido a falar a verdade, tal qual as testemunhas, isso não se dá, sobretudo, por duas razões:

A primeira, de ordem prática, é que resguardar o direito ao silêncio acaba por relativizar o valor da confissão, obtida ao longo da história, sob as mais diversas formas de tortura, sendo que a confissão não mais ostenta, em nossa dinâmica processual penal, seu *status* de “rainha das provas”.

A segunda, de ordem ideológica e também prática, faz do silêncio instrumento útil ao princípio da vedação da autoincriminação, permitindo que o indivíduo resguarde seu direito à liberdade¹⁸ e não seja compelido a produzir provas contra si, uma vez que é incumbência da acusação lastrear a condenação do réu.

¹⁸ O que é sobremaneira justificável ao se vislumbrar que a perda da liberdade ocorreria dentro de algum presídio medieval brasileiro.

Em síntese, as testemunhas são coagidas a falar (“silêncio-proibição”), porque suas versões poderiam contribuir para a consecução de uma decisão justa, sendo que tal decisão não as prejudicaria, ao menos diretamente. Por outro lado, o réu pode permanecer calado durante toda persecução penal (“silêncio-defesa”), como forma de proteger sua liberdade, pois tudo que o acusado falar – por exemplo, em prol de uma decisão justa – pode ser usado contra ele mesmo, sendo que não é razoável, na ótica de nosso Direito, que se exija que um réu aja em prejuízo próprio.

QUEM CALA CONSENTE? O SILÊNCIO NO DIREITO CIVIL

Como derradeiro exemplo do uso caleidoscópico do silêncio por parte do Direito, será feita uma menção ao silêncio no Direito Civil, mais especificamente no que concerne à ausência de manifestação nos negócios jurídicos.

É nesse contexto que o silêncio no plano jurídico mais se aproxima do silêncio em seu sentido fenomênico (ou, sendo ausência de qualquer expressão, em seu sentido não fenomênico): como regra, o silêncio no Direito Civil é um nada. É a ausência de manifestação de vontade que não gera qualquer efeito.

O “silêncio-nada” dos negócios no Direito Civil advém da necessidade do consenso entre as partes para a consecução do negócio jurídico.

Desde as práticas mais primitivas de negócio, por exemplo o escambo, havia o pressuposto de que os negociados celebravam um acordo ao trocarem seus bens. Milênios depois, a lógica persiste e numa relação negocial entre particulares, de ordem privada, a vontade manifesta e livre é, via de regra, elemento essencial para que tal negócio seja válido.

Ocorre que tal regra comporta uma exceção que modifica o sentido atribuído pelo Direito Civil ao silêncio. O artigo 111 do Código Civil dispõe: “O silêncio importa anuência, quando as circunstâncias ou os usos o autorizarem, e não for necessária a declaração de vontade expressa”.

Em tais circunstâncias, o silêncio deixa de ser um nada (regra) e transmuta-se em aceitação (exceção), havendo, dessa forma, dentro do Direito Civil, uma espécie de “silêncio-anuência”.¹⁹

¹⁹ Um exemplo disso é a presunção de aceitação (chamada de “concordância tácita”) da doação pura pelo donatário que não a rejeita dentro do prazo fixado. *In literis*, dispõe o artigo 539 do Código Civil: “O doador pode fixar prazo ao donatário para declarar se aceita ou não a liberalidade. Desde que o

Portanto, a pergunta “no Direito Civil brasileiro, quem cala consente?”²⁰ teria sua resposta dentro da gigantesca zona de penumbra do “depende”, palavra que quase tudo responde em nosso Direito. Isto porque, ao calar (não se expressar), o indivíduo, como regra, não consente. No entanto, em determinadas situações (geralmente relacionadas às graciosidades, como doações e heranças testamentárias), o silêncio significa anuência.

CONCLUSÃO (OU: UM SILÊNCIO FÍSICO, MÚLTIPLOS SILÊNCIOS JURÍDICOS)

O Direito é produto cultural. Independente de positivações em diplomas legais, regras de convivência – que disciplinam comportamentos e protegem interesses – são quase contemporâneas à humanidade. Ao mesmo tempo que o Direito é criação da cultura humana, ele possui privilegiada capacidade de transformar a cultura, estabelecendo as formas e limites em que a humanidade atua para tanto.

É traço da cultura humana o apropriar-se dos fenômenos e atribuir-lhes significados simbólicos, sendo que o variado uso do silêncio pelo Direito é apenas uma evidência da relação entre o que é apreendido pela humanidade e o produto abstrato que é simbolizado a partir dessa apreensão.

Como um elemento cultural, o silêncio adquire os mais diversos contornos e significados. Apenas no específico campo do Direito brasileiro, como visto, ele se mostra polimorfo, dividindo-se – para dar alguns exemplos – em obrigação, proibição, direito e também em nada.

Assim, o uso do silêncio por aqueles que são partes do processo está totalmente atrelado ao papel que será desempenhado. Nesse sentido, um mesmo indivíduo deverá calar se for jurado, falar se for testemunha e calar ou falar, conforme desejar, se for réu.

Conclui-se, portanto, que o silêncio adquire um *status* peculiar dentro do plano jurídico. É notório o entendimento de que o Direito costuma transportar de forma simplista e reducionista os fatos do ser para que eles caibam e se adequem no reduzido espaço do dever-ser. Dessa forma, ele insere o universo dentro de seu microcosmos normativo. No entanto, quanto ao silêncio, em vez de reduzir sua amplitude de significados, o Direito confere

donatário, ciente do prazo, não faça, dentro dele, a declaração, entender-se-á que aceitou, se a doação não for sujeita a encargo”.

²⁰ Credita-se ao Papa Bonifácio VIII, em um de seus decretos no século XIII, a expressão “quem cala consente” (*Qui tacet, consentire videtur*).

diferentes sentidos ao mesmo fenômeno (ou, insiste-se, ausência de fenômeno). Em suma, o silêncio significa mais no plano do dever-ser do que como fenômeno no plano do ser.

Para a Antropologia do Direito, o silêncio também parece se apresentar como um tema delicado e espinhoso, haja vista que ele demanda uma análise que parte de um ponto incomum: o do Direito como amplificador e não redutor de um fenômeno. A interseção entre Direito e Antropologia – abordada das mais diversas perspectivas, remetendo-se aqui a autores como Clifford Geertz e Luis Roberto Cardoso de Oliveira – torna-se ainda mais complexa ao tratar do silêncio, já que seus significados particulares, dentro do Direito, são categorizados e impostos por normas, o que dificulta a assunção de significados coletivos. Dessa forma, ao se falar do silêncio no Direito, parece ser necessário indagar em qual contexto, pois, dada sua multiplicidade de sentidos, ele se mostra um objeto absolutamente avesso a generalizações.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BORDIEU, Pierre. *A economia das trocas linguísticas: o que falar quer dizer*. 2ª edição. Tradução de Sérgio Micelli, São Paulo: EDUSP, 1998.

CARRIÓ, Genaro R. *Notas sobre derecho y language*. 4ª ed. Buenos Aires: Astrea, 1994.

CASSIRER, Ernst. *A filosofia das formas simbólicas*. Tradução de Marion Fleischer. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

DAVIS, Shelton H. (org.). Introdução. In: *Antropologia do Direito*. Rio de Janeiro: Zahar, 1973.

FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. 3ª ed. Tradução de Roberto Cabral de Melo Machado. Rio de Janeiro: Nau, 2002.

_____. *As palavras e as coisas: uma arqueologia das ciências humanas*. 8ª ed. Tradução Salma Tannus Muchail. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

_____. *Microfísica do poder*. Tradução de Robert Machado. Rio de Janeiro, Graal, 1979.

FUZIGER, Rodrigo. *Direito penal simbólico*. Curitiba: Juruá, 2015.

GEERTZ, Clifford. *O saber local: novos ensaios em antropologia interpretativa*. Tradução de Vera Mello Joscelyne. Petrópolis: Vozes, 1997.

GOMES, Schlee. *Sigilo das votações e incomunicabilidade: garantias constitucionais do Júri brasileiro*. Revista do MP-RS, nº 67, 2010. Disponível em: <http://www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1303928691.pdf>. Acesso em: 11/07/2015.

KUPPE, René; POTZ, Richard. La antropología del derecho: perspectivas de su pasado, presente y futuro. In: *Antropología Jurídica*. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1995.

LAVEDAN, Pierre. *Dictionnaire illustré de la mythologie et des antiquités grecques et romaines*. Paris: Hachette, 1931.

LE BRETON, David. Anthropologie du silence. In: *Théologiques*, vol. 7, nº 2, 1999a, p. 11-28. Disponível em: <<http://www.erudit.org/revue/theologi/1999/v7/n2/005014ar.pdf>>. Acesso em: 13/07/2015.

_____. *Do silêncio*. Tradução de Luís Couceiro. Lisboa: Piaget, 1999b.

LIMA, Antonio Carlos de (org.) – *Antropologia & Direito*. Temas antropológicos para estudos jurídicos. Rio de Janeiro/ Brasília: Contra Capa/ LACED/ Associação Brasileira de Antropologia, 2012.

MERLEAU-PONTY, Maurice. *Fenomenologia da percepção*. 2ª ed., Tradução de Carlos Alberto Ribeiro de Moura. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

OLIVEIRA, Luís Roberto Cardoso de. A Dimensão Simbólica dos Direitos e a Análise de Conflitos. In: *Revista de Antropologia*, nº 53, Dossiê Antropologia do Direito, 2010, p. 451-473.

PORTANOVA, Rui. *Motivações ideológicas da sentença*. 5ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

PEREIRA, Pedro Paulo Gomes. *Antropologia e Direitos humanos: entre o silêncio e a voz*. Disponível em: <<http://www.antropologia.com.br/arti/colab/a18-ppereira.pdf>>. Acesso em: 12/07/2015.

RANGEL, Paulo. *A inconstitucionalidade da incomunicabilidade do conselho de sentença no Tribunal do Júri brasileiro*. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp009451.pdf>>. Acesso em: 12/07/2015.

SCHRITZMEYER, Ana Lúcia Pastore. *Controlando o poder de matar: uma leitura antropológica do Tribunal do Júri – ritual lúdico e teatralizado*. Tese de doutorado em Antropologia Social — FFLCH-USP, São Paulo, 2001.