

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE NACIONAL DE DIREITO

O DIREITO CONSTITUCIONAL AO SILÊNCIO:

E seus reflexos no interrogatório.

LOHANE ZILE DA ROCHA SANTOS

Rio de Janeiro
2017/1º SEMESTRE

LOHANE ZILE DA ROCHA SANTOS

O DIREITO CONSTITUCIONAL AO SILÊNCIO:

E seus reflexos no interrogatório.

Monografia de conclusão de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade Nacional de Direito, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Ms. Rodrigo Machado Gonçalves**.

Rio de Janeiro

2017/1º SEMESTRE

LOHANE ZILE DA ROCHA SANTOS

O DIREITO CONSTITUCIONAL AO SILÊNCIO:

E seus reflexos no interrogatório

Monografia de conclusão de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade Nacional de Direito, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Ms. Rodrigo Machado Gonçalves**.

Data da Aprovação: __/__/____.

Banca Examinadora:

Orientador

Membro da Banca

Membro da Banca

Rio de Janeiro
2017/1º SEMESTRE

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	07
2 O DIREITO CONSTITUCIONAL AO SILÊNCIO.....	09
2.1 ORIGEM E CONCEITO.....	09
2.2 A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL E O DIREITO PROCESSUAL PENAL	14
3 O DIREITO AO SILÊNCIO E OS PRINCÍPIOS PROCESSUAIS CORRELACIONADOS.....	16
3.1 O DIREITO AO SILÊNCIO E O PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL.....	16
3.2 O DIREITO AO SILÊNCIO E O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO.....	19
3.3 O DIREITO AO SILÊNCIO E O PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA.....	22
3.4 O DIREITO AO SILÊNCIO E O PRINCÍPIO DO <i>NEMO TENETUR SE DETEGERE</i>	27
4 O INTERROGATÓRIO, O SILÊNCIO, A DEFESA E A PROVA NO PROCESSO PENAL: ANÁLISE CRÍTICA.....	31
4.1.1 Origem e natureza jurídica do interrogatório.....	31
4.1.2 Reconhecimento do direito ao silêncio no interrogatório.....	41
4.1.3 O interrogatório e a esfera da intimidade.....	43
4.2 O SILÊNCIO DO RÉU COMO PROVA NO PROCESSO PENAL.....	45
4.3 MODIFICAÇÕES NO PROCESSO PENAL.....	49
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	55
6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	59

RESUMO

O objeto deste estudo é a garantia constitucional do silêncio, com seu foco no interrogatório do acusado. É importante ressaltar que esse direito deverá ser concedido a qualquer indivíduo que necessite prestar informações a Autoridades, seja em sede policial ou judicial, assegurando a sua não autoincriminação. Como fonte foi utilizada pesquisas bibliográficas, legislativas e jurisprudenciais. Haverá uma análise crítica do direito ao silêncio, pois este direito vem sofrendo desrespeito por parte dos aplicadores do direito, mesmo após a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o que de fato não deveria ocorrer, devido a sua suma importância no ordenamento jurídico pátrio. Conclui-se deste estudo que o direito ao silêncio deve ser respeitado em toda a sua extensão, sem pré-julgamentos e ter sua aplicação efetiva.

Palavras-chaves: Direito; Silêncio; Interrogatório; Constituição.

ABSTRACT

The object of this study is the constitutional right to silence, aimed specifically at the interrogation of the accused. It is important to underline that this right must be granted to every person that has to provide information to the Authorities, regardless of it being on a police or judicial headquarters, assuring that he or she will not incur on self-incrimination. It was used as source, bibliographic, legislative research and case law. There will be a scrutiny regarding the right to silence, because, it has been neglected by the lawmakers even after the enactment of the Constitution of the Federative Republic of Brazil in 1988, although, it should not happen given its utmost importance on the national legal system. This study concludes that the right to silence must be thoroughly respected, without prejudices and be effectively applied.

Keywords: Law; Silence; Interrogation; Constitution.

1. INTRODUÇÃO

O silêncio, sob a perspectiva processual penal, não deve ser interpretado como “quem cala consente”, muito menos, como confissão ou admissibilidade de culpa. Silenciar-se é simplesmente abster-se de falar.

Durante longos anos o acusado assumiu a posição de cotejo probatório no direito processual penal, era admitida a adoção de qualquer método a fim de extrair a verdade dos fatos, principalmente no momento do interrogatório, onde o acusado era levado forçadamente à confissão, pois esta sempre foi a prova a ser perseguida pelo acusador.

O silêncio do interrogado já foi interpretado como assunção da culpa delitiva e o sentido de se silenciar também já sofreu grandes modificações no decorrer dos anos.

Com a introdução do modelo acusatório no sistema penal brasileiro, conjuntamente com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil em 1988, onde o indivíduo conquistou o foco, com a presença de garantias constitucionais em detrimento ao poder estatal, o direito ao silêncio se tornou uma figura presente e necessária para a manutenção das garantias dos indivíduos, principalmente daqueles que colidem com o Processo Penal ao longo de sua jornada.

Enquanto a liberdade de expressão sempre foi sinônima do exercício de democracia, calar nem sempre significou liberdade de opção como exercício da preservação da intimidade.

O direito ao silêncio é a manifestação nítida da defesa, enquanto possibilidade do acusado se autodefender, portanto, primordialmente o direito ao silêncio se correlaciona com a ampla defesa.

A segunda correlação é com o princípio da não autoincriminação, *nemo tenetur se detegere*, o qual nenhum indivíduo está obrigado a produzir provas contra si mesmo, que

também possui a sua derivação no princípio da ampla defesa. O princípio da não autoincriminação deu origem ao direito ao silêncio, mas não se resume a ele, pois inclui também o direito do acusado de se negar a cooperar com a instrução criminal ativamente, como por exemplo, na não realização de exames químicos, e abarca também o direito de mentir no interrogatório, com suas limitações.

No presente trabalho, o foco será no direito ao silêncio com sua incidência no interrogatório do indiciado ou réu. Entretanto, vale ressaltar que a abrangência do direito ao silêncio é mais ampla que essa perspectiva, este se estende às testemunhas, aos estrangeiros e a toda pessoa que possa ser incriminada por suas declarações.

No capítulo inicial, haverá a explanação do direito ao silêncio em sua integralidade, com a sua perspectiva histórica, sua origem, passando pela sua conceituação, previsão legislativa e toda a ligação entre a Constituição da República Federativa do Brasil com o Processo Penal no assunto abordado nesta monografia.

No capítulo seguinte haverá a análise de outros princípios constitucionais e processuais penais correlacionados, visto que sempre haverá em algum momento processual, o encontro de princípios para que se alcance uma prestação jurisdicional justa e precisa. Será mencionado o princípio do devido processo legal, basilar de todo o direito processual brasileiro; Posteriormente haverá a menção dos princípios do contraditório, da ampla defesa e do *nemo tenetur se detegere*.

No último capítulo, se adentrará no instituto do interrogatório, com a menção de sua origem, natureza jurídica, passando pelo reconhecimento do direito ao silêncio no interrogatório, como também com a íntima correlação do interrogatório e o silêncio atrelado à esfera da intimidade. Será analisado o silêncio do réu como prova no processo penal, sob uma análise crítica, visto que o direito ao silêncio não pode ser prejudicial ao réu e este, por vezes, acaba o sendo. Neste capítulo também haverá a explanação das modificações ocorridas no Processo Penal brasileiro que possuem relação com o interrogatório e o direito ao silêncio.

Por fim, as considerações finais trarão os pontos abordados ao longo do presente trabalho, destacando os posicionamentos concordantes e as críticas apresentadas.

2 O DIREITO CONSTITUCIONAL AO SILÊNCIO

2.1 ORIGEM E CONCEITO

O direito ao silêncio se materializa na prerrogativa que o indivíduo possui de não responder as indagações formuladas pela autoridade competente a frente do interrogatório, seja ele em sede policial ou judicial.

Como salienta Maria Elizabeth Queijo¹ “[...] o direito ao silêncio, assegurado no texto constitucional, não se aplica somente ao interrogatório no inquérito policial, mas também em juízo”.

Reconstruindo a origem do direito ao silêncio, a partir da idade moderna e da idade contemporânea, pode-se dizer que foi no período do Iluminismo que o princípio se firmou. Este teve a sua evidenciação primordial na Inglaterra, em relação aos países continentais europeus e foi se disseminado nos manuais processuais penais da Europa entre os séculos XVI e XVII. Seu surgimento se deu em contrapartida aos métodos inquisitoriais presentes nos tribunais eclesiásticos ingleses.

A respeito da origem deste princípio constitucional, Dias Neto² discorre:

“Embora, para alguns autores, as suas raízes já possam ser identificadas no Velho Testamento e, posteriormente, no direito canônico, o privilégio contra a auto-incriminação passou a adquirir a sua forma moderna na Inglaterra. Após a edição da Magna Carta (1215) e durante o longo processo de reformas que a sucede visando à instauração de um sistema processual acusatório, a liberdade de declaração vai

¹ QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo:** O princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 131.

² DIAS NETO *apud* BARBIERO, Louri Geraldo. O Direito Constitucional do Réu ao Silêncio. Revista da Escola de Magistratura do Estado de Rondônia, nº 05, 1998. Disponível em: <<http://www.tj.ro.gov.br/emeron/revistas/revista5/indice.htm>>. Acessado em 10 de abril de 2017.

sendo gradualmente reconhecida até constituir-se, em meados do século XVII, em princípio de direito comum”.

Na realidade, não era explicitamente a manifestação do direito ao silêncio que se evidenciava a época acima mencionada, mas sim o direito a não autoincriminação, o princípio do *nemo tenetur se detegere*.

O direito ao silêncio obteve a sua manifestação evidenciada após a adoção do modelo acusatório, visto que, sob a perspectiva do modelo inquisitório, o acusado é visto como objeto de prova, sendo inclusive admitido qualquer meio probatório para se chegar a “verdade real dos fatos”.

Neste modelo processual se busca na realidade, a confissão do acusado, pois esta é a prova máxima. Ou seja, no modelo inquisitório, a tendência era “obrigar o acusado a responder ao interrogatório mesmo que fosse necessário o emprego da força”³.

Com isso, utilizavam-se e justificavam o emprego da tortura em prol da busca da confissão e não era admitido o silêncio do acusado, pois este tinha o dever de responder as indagações e o interrogatório possui valor probatório para o sistema inquisitório, pois é considerado um meio de prova.

A Constituição da República Federativa do Brasil, em seu artigo 5º, LV⁴, dispõe que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. Considerando que um dos meios de defesa pode ser o direito ao silêncio, de acordo com a decorrência lógica do princípio da ampla defesa, vemos a base do direito ao silêncio como garantia constitucional.

³ QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo:** O princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 31.

⁴ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988. Brasília. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 14 de março de 2017.

Também no artigo 5º da Constituição Republicana, no inciso LXIII⁵, se observa 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”. Assim, para além de ter o direito de omissão, ausência, inércia, manter-se calado, tem ainda o direito de ser informado da existência e utilização desse direito.

Como resulta claro do dispositivo constitucional, o interrogado deve ser informado, de maneira clara, sobre seu direito e, quanto ao preso, a informação deve ser feita desde o momento de sua captura, assegurando a este o direito ao silêncio mesmo fora e antes do interrogatório, como por exemplo, uma oitiva informal, entrevista para a imprensa. O dever de informação expressa o intuito do legislador em evitar uma autoincriminação involuntária em virtude de desconhecimento da lei.

E apesar de não haver previsão legal expressa, é recomendável que a advertência constitucional do artigo 5º, LXIII, conste do auto ou do termo de interrogatório, visando a evitar possíveis nulidades, posto que o desrespeito do direito ao silêncio, por falta de informação sobre o direito ou a omissão no auto ou termo poderá gerar a nulidade do ato, dependendo do prejuízo causado ao direito de defesa.

O direito ao silêncio não é apenas uma garantia constitucional, este também foi mencionado no tratado internacional sobre direitos humanos mais importante já aderido pelo Brasil, conhecido como Pacto de São José da Costa Rica ou também Convenção Americana de Direitos Humanos, este ocorreu no ano de 1969 na cidade de San José, na Costa Rica, com a presença de boa parte dos países constantes no continente americano, inclusive o Brasil.

Apesar de ocorrer em 1969, o Tratado supracitado só foi promulgado no Brasil em 1992, pelo Decreto Lei nº 678/1992, possuindo status supralegal, ou seja, de acordo com a

⁵ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988. Brasília. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 14 de março de 2017.

pirâmide de Kelsen, só está abaixo da Constituição, estando acima de todas as outras leis do ordenamento jurídico brasileiro.

Conforme o exposto acima, a partir de 2008 o Supremo Tribunal Federal passou adotar a tese da supralegalidade no voto do Ministro Gilmar Mendes, em decisão referente à prisão civil por dívida dos contratos de alienação fiduciária em garantia. No entendimento do ilustre Ministro⁶:

“O status normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, dessa forma, torna inaplicável a legislação infraconstitucional com ele conflitante, seja anterior ou posterior ao ato de adesão. Assim ocorreu com o art. 1.287 do CC de 1916 e com o Decreto Lei 911/1969, assim como em relação ao art. 652 do novo CC”.

Desta forma dois são os requisitos os quais o STF interpretou do terceiro do artigo 5º da Constituição Republicana de 1988, o requisito material é que o tratado verse sobre direitos humanos e o requisito formal é que o tratado seja aprovado tal qual emenda constitucional, ou seja, por três quintos dos membros de cada casa do Congresso Nacional em dois turnos de votação; desta forma os tratados aprovados por maioria qualificada possuem status constitucionais enquanto que os incorporados pelo rito comum tem status supralegal.

No artigo 8º, 2, g do Pacto de San José da Costa Rica⁷, vislumbra-se a presença do Direito ao Silêncio, como será visto a seguir:

“2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

g) direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada”.

⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 466343/SP. Tribunal Pleno. Relator: PELUSO, Cezar. Publicado no DJ de 05/06/2009. Disponível em <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14716540/recurso-extraordinario-re-466343-sp>>. Acessado em 15 de maio de 2017.

⁷ COSTA RICA. **Convenção Americana Sobre Direitos Humanos**. Texto promulgado em 22 de novembro de 1969. San José. Disponível em: <http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/c.Convencao_Americana.htm>. Acesso em 11 de março de 2017.

Ou seja, o tratado supramencionado corrobora com o entendimento constitucional de que toda pessoa acusada de um delito, tem resguardado o direito de não ser obrigada a depor ou a produzir provas contra si mesmo, garantindo que o seu silêncio não seja interpretado em prejuízo de sua defesa.

Retomando a análise do artigo 5º, LXIII, da Constituição brasileira, vale ressaltar que existe predominância do entendimento que o dispositivo constitucional supramencionado tem aplicação não só ao acusado preso, mas também aos que estão em liberdade, se percebe, portanto, a decorrência do princípio da ampla defesa.

A fim de corroborar com este entendimento, cita-se a ilustre doutrinadora Maria Elizabeth Queijo⁸ “Importante ressaltar que o texto constitucional refere-se especificamente ao acusado preso não para excluir a tutela ao acusado em liberdade, mas porque é nessa condição que o indivíduo se encontra mais vulnerável”.

O direito ao silêncio não será apenas do preso, pois quando a Lei Maior mencionou a figura do encarcerado, estava apenas denotando uma especial preocupação com a pessoa capturada, assim, mesmo livre, antes, durante e após o interrogatório é assegurado o direito ao silêncio.

Não somente o indiciado ou o acusado em processo penal que tem direito a silenciar-se, da mesma forma tem este direito o suspeito, contra o qual ainda não se tem indícios suficientes de autoria para se colocar na posição de acusado. Igualmente à testemunha, também é assegurado o reconhecimento do direito ao silêncio, quando seu depoimento possa realizar alguma autoincriminação.

⁸ QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo:** O princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 131.

O entendimento de que o direito ao silêncio não é cabível somente ao acusado ou preso, também é esboçado pela célebre autora Ada Pellegrini Grinover⁹, como se vislumbra a seguir:

“O legislador teve apenas sua preocupação inicial com a pessoa capturada: a esta, mesmo fora e antes do interrogatório, são asseguradas as mencionadas garantias. Mas isto não pode, nem quer dizer, que ao indiciado ou ao acusado que não esteja preso não seja estendida a mesma proteção, no momento maior da autodefesa que é o interrogatório”.

Por último, citando novamente a ilustre doutrinadora Maria Elizabeth Queijo¹⁰ em outro trecho de sua obra, vemos a incidência do direito ao silêncio não sendo restrita ao preso:

“Por fim, deve-se observar que incide o direito ao silêncio também nas declarações tomadas de suspeitos, indiciados e testemunhas, perante as Comissões Parlamentares de Inquérito. Assim como em declarações e depoimentos prestados em sindicâncias e processos administrativos, sejam eles realizados por autoridades do Poder Executivo, Legislativo ou Judiciário.”

Em suma, todos aqueles que de alguma forma possam se autoincriminar através de declarações prestadas perante alguma autoridade, tem a garantia constitucional de exercer o direito ao silêncio.

Dentro do nosso código de processo penal, assim como fora dele encontramos limitações a este direito, como, por exemplo, o dever de resposta que cabe ao arguido no que concerne à sua identificação.

Dessa forma, ao direito ao silêncio, como respeito à personalidade humana, não pode corresponder ao dever de contribuir positivamente na busca da “verdade real dos fatos”, sancionando-se com o potencial prejuízo à defesa, pois, o direito ao silêncio veio para de uma vez por todas sepultar a presunção de culpabilidade que ocorria anteriormente, quando o réu permanecia silente no interrogatório.

2.2 A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL E O DIREITO PROCESSUAL PENAL

⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *As nulidades no processo penal*, São Paulo, 1992, p. 67.

¹⁰ QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**: O princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 238-239.

Inicialmente, é importante frisar a discrepância de momento político e social existente entre as promulgações do Código de Processo Penal brasileiro e a Constituição da República Federativa do Brasil.

O Código de Processo Penal brasileiro remonta à década de 40, tendo sido escrito sob a vigência da Constituição de 1937, à época de sua edição, vigia o Estado Novo, regime autoritário implantado por Getúlio Vargas, que perdurou de 1937 a 1945, sendo, pois, consentânea das ideias políticas daquele regime a inexistência de direitos absolutos do cidadão em face do Estado, não obstante, influenciado pelos ideais fascistas que ecoavam na Europa.

A Constituição Federal surgiu no ano de 1988, em circunstâncias totalmente distintas de 1941, inspirada em ideais democráticos, com a prevalência das garantias do homem em contraposição ao Estado.

Desta feita, obviamente há certo conflito entre estes dois ordenamentos jurídicos brasileiros, porém, a Constituição tem sua predominância no ordenamento, ocupando uma posição de superioridade hierárquica em relação aos outros diplomas legislativos.

Entretanto, os regramentos básicos do Processo Penal estão dispostos no texto constitucional, inclusive, existem inúmeros princípios armazenados na Constituição que fundamentam e normatizam o Direito Processual Penal.

Desta forma, o processo não pode ser analisado de forma isolada, devendo ser analisado em conformidade com a Constituição Republicana, já que nela está baseado. Na verdade, o próprio legislador e o Poder Judiciário também buscam na Constituição as diretrizes básicas para a correta aplicação das normas processuais.

3. O DIREITO AO SILÊNCIO E OS PRINCÍPIOS PROCESSUAIS CORRELACIONADOS

3.1 O DIREITO AO SILÊNCIO E O PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

O princípio do devido processo legal, como tantos outros princípios basilares do Direito brasileiro, advém da Constituição da República Federativa do Brasil. Este encontra seus ditames no art. 5º, LIV da CRFB/88¹¹, “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

A respeito do dispositivo supramencionado, significa dizer que todas as formalidades previstas em lei, em relação ao cerceamento da liberdade ou em relação à privação dos bens de um indivíduo, devem ser rigorosamente respeitadas. Estas garantias certificam às partes o exercício de suas faculdades e poderes processuais, e também são indispensáveis ao correto exercício da jurisdição.

Em suma, o devido processo legal consiste em assegurar a qualquer litigante a garantia de que o processo no qual seja parte, necessariamente se desenvolverá na forma que estiver estabelecido na lei.

Quando a cláusula do devido processo legal estiver inserida em dispositivo democrático, a liberdade será a regra, visto que, este princípio isoladamente não garante a liberdade como regra e a privação de liberdade como exceção. O devido processo legal é um princípio aberto, que garante aquilo que está disposto no texto constitucional, seja qual for a sua natureza jurídica.

¹¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988. Brasília. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 24 de março de 2017.

Esse princípio possui duas acepções, quais sejam, o devido processo legal material e o devido processo legal processual. O primeiro versa sobre a regularidade do próprio processo legislativo, já o segundo se refere a regularidade dos atos processuais em si.

Quanto a sua origem, o princípio do devido processo legal teve sua raiz no direito anglo-saxão, como salienta Maria Elizabeth Queijo¹²:

“A cláusula do devido processo legal tem origem no direito anglo-saxão, surgindo como importante limitação ao arbítrio das autoridades. Remotamente, na *Magna Charta*, de João Sem-Terra, outorgada em 1215, aos barões ingleses. E também na Constituição dos Estados Unidos da América, especificamente na Quinta e Décima Quarta Emendas”.

É o princípio dirigente de toda a estrutura jurídico-processual brasileira, segundo Nelson Nery¹³, o devido processo legal é “gênero do qual todos os demais princípios constitucionais do processo são espécies”, ou seja, pra corroborar mais uma vez, todos os outros princípios procedimentais derivam dele.

Assim, do ponto de vista da Constituição Federal, o devido processo legal pressupõe o contraditório, a garantia da ampla defesa, englobando a defesa técnica e a autodefesa, o direito ao silêncio, o duplo grau de jurisdição, a proibição das provas obtidas por meios ilícitos, a presunção de inocência, o princípio do juiz natural, o princípio do *nemo tenetur se detegere*, dentre outros. Ou seja, esse princípio pode ser considerado a principal base do Direito Processual brasileiro, pois todos os outros, de uma forma ou de outra, encontram nele seu fundamento.

Já na perspectiva do processo penal, o devido processo legal possui duas acepções, como bem aponta uma passagem da doutrinadora Maria Elizabeth Queijo¹⁴:

“Sobre a matéria, Vicente Greco Filho afirma que a expressão “devido processo legal”, no âmbito processual penal, tem duplo sentido: significa processo necessário, porque não é possível aplicar pena sem processo, e, na segunda acepção, significa

¹² QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**: O princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 94.

¹³ NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 32.

¹⁴ QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo**: O princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 95.

processo adequado, ou seja, aquele que “assegura a igualdade das partes, o contraditório e a ampla defesa”¹⁵.

A garantia do devido processo legal visa garantir que a Autoridade, no exercício de suas atividades, faça uso racional do poder de que está investido, não cometendo arbitrariedades, para que, assim, tenham seus atos legitimidade ético-jurídica. De acordo com o constitucionalista Alexandre de Moraes¹⁵:

“O devido processo legal configura dupla proteção ao indivíduo, atuando tanto no âmbito material de proteção ao direito de liberdade, quanto no âmbito formal, ao assegurar-lhe paridade total de condições com o Estado-persecutor e plenitude de defesa (direito a defesa técnica, à publicidade do processo, à citação, de produção ampla de provas, de ser processado e julgado pelo juiz competente, aos recursos, à decisão imutável, à revisão criminal).”.

Sintetizando todas as explicações sobre o princípio em questão, Canotilho¹⁶ consegue exprimir o conteúdo jurídico do devido processo legal lecionando:

[...] processo devido em direito significa a obrigatoriedade da observância de um tipo de processo legalmente previsto antes de alguém ser privado da vida, da liberdade e da propriedade. Nestes termos, o processo devido é o processo previsto na lei para a aplicação de penas privativas da vida, da liberdade e da propriedade. Dito ainda por outras palavras: *due process* equivale ao processo justo definido por lei para se dizer o direito no momento jurisdicional de aplicação de sanções criminais particularmente graves.

Esta leitura básica abre a porta para uma outra ideia já atrás acentuada. É ela a do processo devido como processo justo de criação legal de normas jurídicas, designadamente das normas restritivas das liberdades dos cidadãos. Por outras palavras porventura mais expressivas: o *due process of law* pressupõe que o processo legalmente previsto para a aplicação de penas seja ele próprio um “processo devido” obedecendo aos trâmites procedimentais formalmente estabelecidos na Constituição ou plasmados em regras regimentais das assembleias legislativas. Procedimentos justos e adequados moldam a atividades legiferante. Dizer o direito segundo um processo justo pressupõe que justo seja o procedimento de criação legal dos mesmos processos”.

Como todos os princípios que norteiam o Direito, o devido processo legal não pode ser materializado em uma mera sucessão de atos processuais, tratando do aspecto formal somente, as garantias devem ser efetivas e deve ser acompanhado dos outros princípios do ordenamento pátrio, tal como menciona Maria Elizabeth Queijo¹⁷:

¹⁵ MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 93.

¹⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e teoria da Constituição. 5. ed. Coimbra: Ed. Almedina, 2005, p. 493.

¹⁷ QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo: O princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal.** 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 91.

“Com as garantias do devido processo legal, o processo não corresponde simplesmente a uma concatenação de atos processuais, tendentes a um provimento jurisdicional. Deverá ser realizado em contraditório, com observância efetiva de todas as garantias necessárias para que as partes possam exercer influência sobre o convencimento do julgador”.

Afrânio Silva Jardim¹⁸, ao apreciar o direito ao devido processo legal, sob um prisma interessante, ensina-nos que:

“O devido processo legal está vinculado diretamente à depuração do sistema acusatório, mormente quando conjugado com a regra do artigo 129, I do novo texto constitucional, bem como com as demais normas que sistematizam e asseguram a independência do Poder Judiciário, em prol de sua imparcialidade e neutralidade na prestação jurisdicional e aquelas outras que, igualmente, tutelam a autonomia e independência funcional dos órgãos do Ministério Público”.

3.2 O DIREITO AO SILÊNCIO E O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO

O princípio do contraditório rege a obrigação de asseguramento do direito à manifestação, seja esta a favor ou contra, a qual pressupõe ciência e participação dos litigantes em processo judicial ou administrativo. A ciência é representada pelo direito à informação, do conhecimento do teor da imputação realizada pela outra parte. Já com a configuração da igualitária participação das partes, não é necessário que a parte de fato resista, mas é imprescindível a possibilidade de resistir.

Em linhas gerais, garante tratamento igualitário entre as partes do processo, é a garantia de que para toda ação haja uma correspondente reação, garantindo-se, assim, a plena igualdade de oportunidades processuais, tal como analisa Antonio Scarance Fernandes¹⁹:

“(…), o contraditório pressupõe partes em situações opostas, se não substancialmente, pelo menos formalmente, no plano processual. Com a garantia do contraditório, as duas partes têm assegurada a ciência dos atos e termos da parte contrária, com possibilidade de refutá-los”.

Nesta mesma explanação, trazendo também ensinamentos de Guilherme de Souza Nucci²⁰:

¹⁸ JARDIM, Afrânio Silva. Direito Processual Penal. Rio de Janeiro: Forense, 10ª ed. 2001, p. 318.

¹⁹ FERNANDES, Antonio Scarance. Processo Penal Constitucional. 1ª ed. São Paulo. Saraiva: 1999, p. 58.

²⁰ NUCCI, Guilherme. **Código de Processo Penal Comentado**. 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 23.

“Quer dizer que a toda alegação fática ou apresentação de prova, feita no processo por uma das partes, tem a outra, adversária, o direito de se manifestar, havendo um perfeito equilíbrio na relação estabelecida pela pretensão punitiva do Estado em confronto com o direito à liberdade e à manutenção do estado de inocência do acusado (art. 5.º, LV, CF). Excepcionalmente, o contraditório deve ser exercitado quando houver alegação de direito”.

A norma constitucional que se refere expressamente ao princípio do contraditório está predisposta no artigo 5º, inciso LV da CRFB²¹, que declara: “aos litigantes, em processo judicial, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Dentro da “dialética” do processo, a defesa é o contraposto negativo da ação. Onde o réu também tem uma pretensão em face dos órgãos jurisdicionais, qual seja, a pretensão que o pedido do autor seja rejeitado e a pretensão de que este mantenha o seu *status libertatis*, revelando-se em verdadeira antítese à tese apresentada pelo autor.

O objeto do contraditório consiste em exigir que se analisem todas as questões suscitadas pelos sujeitos processuais que possam ter relevância para a decisão final, sejam elas de fato, direito, relativas à prova, dentre outros, ressaltando-se a possibilidade do silêncio do acusado, sem que tal seja levado em consideração para efeitos de determinação da sua culpa. Devido à decorrência da indisponibilidade e da obrigatoriedade defensiva, mesmo não havendo antítese desta, será assegurada a existência processual penal.

Com efeito, deve ser reconhecido que a fase de inquérito se caracteriza por ter uma natureza essencialmente não contraditória. Na fase de inquérito, cuja natureza inquisitorial foi reconhecida pela jurisprudência dos Tribunais Superiores, o princípio do contraditório tem uma reduzida expectativa incidente. Onde podemos descortinar uma espécie de “contraditório passivo” ou “isolado”, presente no artigo 14, do Código de Processo Penal²², onde se prevê

²¹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988. Brasília. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 24 de março de 2017.

²² “O ofendido, ou seu representante legal, e o indiciado poderão requerer qualquer diligência, que será realizada, ou não, a juízo da autoridade”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13689Compilado.htm>. Acessado em 24 de março de 2017.

que o indiciado tem a possibilidade de requerer qualquer diligência, que será realizada ou não, a juízo da autoridade policial.

Daí a explicação do por que no ordenamento jurídico brasileiro, mais precisamente no sistema processual penal, é vedado ao réu a sua condenação com base exclusivamente em provas produzidas durante o inquérito policial, sem que estas sejam ratificadas em juízo. Exatamente pela ausência do contraditório e da ampla defesa na fase de inquérito, onde não há contradito entre os elementos de provas colhidos.

Tal como narra o artigo 155 do Código de Processo Penal²³ brasileiro, “O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas”.

Por fim, para corroborar com esse entendimento, cita-se um julgado do Superior Tribunal de Justiça²⁴ que explicita nitidamente a ideia trazida pelo artigo 155 do Código de Processo Penal.

“Ementa: PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PRETENSÃO DE ABSOLVIÇÃO. CONDENAÇÃO FUNDAMENTADA EXCLUSIVAMENTE EM ELEMENTOS INFORMATIVOS COLHIDOS NO INQUÉRITO POLICIAL. IMPOSSIBILIDADE. I - "Ofende a garantia constitucional do contraditório fundar-se a condenação exclusivamente em elementos informativos do inquérito policial não ratificados em juízo" (Informativo-STF nº 366). II - In casu, o Tribunal de origem fundamentou sua convicção somente em depoimento policial, colhido na fase do inquérito policial, e em confissão extrajudicial retratada em Juízo, deixando de indicar qualquer prova produzida durante a instrução criminal e, tampouco, de mencionar que aludidos elementos foram corroborados durante a instrução criminal. Ordem concedida.”

O mesmo entendimento prevalece para as provas emprestadas que, para terem validade na instrução processual penal, deverão ser submetidas ao crivo do contraditório.

²³ BRASIL. **Código de Processo Penal**. Texto promulgado em 3 de outubro de 1941. Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em 06 de abril de 2017.

²⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão no Habeas Corpus n. 124438/ES. Quinta turma. Relator: FISCHER, Felix. Publicado no DJe de 03/08/2009. Disponível em <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6062866/habeas-corporus-hc-124438-es-2008-0281703-3>>. Acessado em 26 de março de 2017.

Com a promulgação da Lei nº 13.245/2016, que modificou e acrescentou incisos ao artigo 7º do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, o contraditório foi ainda mais ampliado para o investigado.

Inicialmente, no que tange ao momento da ciência, há de se ressaltar a mudança no inciso XIV do Estatuto da Ordem. Com ela, ficou consagrada, sem necessidade de interpretação dos Tribunais ou de se recorrer à aplicação da Súmula Vinculante nº 14²⁵, que o defensor do investigado deverá ter acesso aos autos da investigação, em qualquer instituição, mesmo sem procuração, podendo tirar cópias e tomar anotações.

Passando à análise de como é exercido o direito de participação na fase pré-processual, a criação do inciso XXI, em especial da alínea “a”, deve ser visto como uma das mais importantes inovações trazidas pela Lei nº 13.245/16. Com a possibilidade de o advogado apresentar razões e quesitos, o mesmo poderá influenciar no final do procedimento, podendo intervir na formação da *opinio delict* do delegado e/ou do promotor, e até mesmo influenciar em uma futura decisão do magistrado sobre eventual denúncia.

Por fim, a grande conexão entre o Direito ao Silêncio e o princípio do contraditório recai na plena possibilidade de compatibilização entre ambos, pois, o acusado ou réu, estará exercendo o direito ao contraditório, mesmo quando este se mantém silente, não há nenhuma incompatibilidade entre essas garantias.

3.3 O DIREITO AO SILÊNCIO E O PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA

O direito à ampla defesa está previsto no artigo 5º, LV, da Constituição da República Federativa do Brasil²⁶, e diz que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos

²⁵ “É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa”. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1230>>. Acessado em 10 de junho de 2017.

²⁶ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988. Brasília. Disponível em:

acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Como bem traduz Guilherme de Souza Nucci²⁷, o réu possui diversificados métodos de se defender das alegações que são formuladas contrariamente a ele.

“Significa que ao réu é concedido o direito de se valer de amplos e extensos métodos para se defender da imputação feita pela acusação. Encontra fundamento constitucional no art. 5.º, LV. Considerado, no processo, parte hipossuficiente por natureza, uma vez que o Estado é sempre mais forte, agindo por órgãos constituídos e preparados, valendo-se de informações e dados de todas as fontes às quais tem acesso, merece o réu um tratamento diferenciado e justo, razão pela qual a ampla possibilidade de defesa se lhe afigura a compensação devida pela força estatal”.

O princípio da ampla defesa deve ser compreendido sob a perspectiva do exercício da defesa técnica e da autodefesa.

A defesa técnica se concretiza por um profissional devidamente habilitado, a qual exige a capacidade postulatória e o conhecimento técnico, que pode ser realizado através de um advogado particular ou um Defensor Público.

Caso o suposto acusado não possua condições financeiras de arcar com um advogado particular ou na comarca de julgamento do processo não haja um Defensor Público, há a possibilidade de escalação de um defensor dativo, que é um advogado particular pago pelos cofres públicos.

Na verdade, o que se vê é que os defensores dativos não dispõem de meios, nem mesmo de tempo, para uma atuação mais efetiva, entretanto o que não pode ocorrer de forma alguma é a falta de defesa técnica, pois isto gera nulidade no processo.

A Lei 10.792, de 1º de dezembro de 2003, introduziu alterações na defesa técnica, presente no art. 261 do Código de Processo Penal. Em primeiro lugar, destaca-se a

<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 24 de março de 2017.

²⁷ NUCCI, Guilherme. **Código de Processo Penal Comentado**. 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 22.

obrigatoriedade da presença do defensor, como se pode conferir na atual redação do caput do artigo 185²⁸: "O acusado que comparecer perante a autoridade judiciária, no curso do processo penal, será qualificado e interrogado na presença de seu defensor, constituído ou nomeado".

Nesse mesmo dispositivo²⁹, incluiu-se um parágrafo, com a seguinte redação:

"O interrogatório do acusado preso será feito no estabelecimento prisional em que se encontrar, em sala própria, desde que estejam garantidas a segurança do juiz e auxiliares, a presença do defensor e a publicidade do ato. Inexistindo a segurança, o interrogatório será feito nos termos do Código de Processo Penal".

Outra inovação trazida com a nova redação do artigo 185³⁰ decorre do disposto em seu parágrafo segundo, que assim determina: "Antes da realização do interrogatório, o juiz assegurará o direito de entrevista reservada do acusado com seu defensor".

Tornou-se, portanto, obrigatória a presença do defensor no interrogatório, o que, aliás, já deveria se extrair da Constituição Republicana. Além disso, está prevista a possibilidade de entrevista reservada do defensor com o interrogando.

Pode-se citar também o teor do artigo 261 do Código de Processo Penal³¹, que proclama que "Nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor".

A esse dispositivo, acrescentou-se um parágrafo, devido a Lei nº 10.792/2003 supracitada, com o seguinte teor: "A defesa técnica, quando realizada por defensor público ou dativo, será sempre exercida através de manifestação fundamentada"³². Neste parágrafo mencionado, trata-se da denominada "defesa efetiva".

²⁸ BRASIL. **Código de Processo Penal**. Texto promulgado em 3 de outubro de 1941. Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em 06 de abril de 2017.

²⁹ Idem 28.

³⁰ Idem 28.

³¹ Idem 28.

³² Idem 28.

Importante, ainda, é que a defesa técnica efetiva é direito e garantia individual não só em decorrência da própria Constituição, mas principalmente, da Convenção Americana sobre os Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), que foi ratificado pelo Brasil pelo Decreto Legislativo nº 678, de 06 de novembro de 1992.

Todas essas soluções mostradas ilustra a importância da defesa técnica, que inclusive, poderá gerar nulidade absoluta no processo, se ausente. Vale ressaltar que com a promulgação da Lei nº 13.245/2016, que alterou o artigo 7º do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, também haverá nulidade no interrogatório ou depoimento se o advogado não puder assistir a seus clientes investigados durante a apuração de infrações penais, conforme menciona o inciso XXI:

“Assistir a seus clientes investigados durante a apuração de infrações, sob pena de nulidade absoluta do respectivo interrogatório ou depoimento e, subsequentemente, de todos os elementos investigatórios e probatórios dele decorrentes ou derivados, direta ou indiretamente, podendo, inclusive, no curso da respectiva apuração:

a) apresentar razões e quesitos”.

A defesa técnica também não poderá ser renunciada e é indisponível, o que se faz concluir que cabe ao profissional habilitado exercitar a defesa técnica mesmo contra a vontade do réu.

O que não ocorre com a autodefesa, pois esta é uma prerrogativa que é dada ao réu, concretizada pelo mesmo, em duas hipóteses e por vezes, poderá ser renunciada.

Para Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho³³:

“Consustanciando-se a autodefesa, enquanto direito de audiência, no interrogatório, é evidente a configuração que o próprio interrogatório deve receber, transformando-se de meio de prova em meio de defesa: meio de contestação da acusação e instrumento para o acusado expor a sua própria versão”.

³³ GRINOVER. Ada Pellegrini; FERNANDES. Fernando Scarance e FILHO. Antonio Magalhães Gomes. As Nulidades no Processo Penal. 6ª ed. São Paulo. Saraiva: 1997, p. 116.

A primeira hipótese de desdobramento da autodefesa é o direito de audiência, que se materializa durante o interrogatório, na qual é oportunizado ao acusado apresentar ao Juiz, pessoalmente, a sua defesa e versão sobre os fatos.

Como segundo desdobramento da autodefesa, temos o direito de presença, no qual é assegurado ao acusado o direito de acompanhar os atos da instrução processual.

Pode-se extrair dessas explanações que o réu pode recusar-se a exercer a autodefesa, ficando em silêncio, por exemplo, mas não a defesa técnica, pois esta é indisponível.

É, portanto, no direito ao silêncio, que se concilia a autodefesa com a defesa técnica. Visto que, no exercício da autodefesa o réu no momento de seu interrogatório poderá operar diretamente no convencimento judicial, produzindo elementos de convicção a seu favor ou silenciando-se e conseqüentemente, evitando o nascimento de elementos em seu desfavor. Já na defesa técnica, o réu poderá em seu interrogatório ter a devida orientação dada pelo seu defensor, aconselhando esta ou aquela exposição dos fatos, como também, apontando o silêncio como a melhor alternativa a estratégia de defesa.

Conclui-se, portanto, que o direito ao silêncio se une perfeitamente como elemento estratégico tanto da autodefesa como da defesa técnica e este não pode de nenhuma maneira, ser considerado desfavorável ao réu. A única consequência admissível é uma autodefesa silente, que apenas determinará outro nascedouro probatório para o convencimento do juiz, isso para aqueles que entendem que o interrogatório é um meio probatório. Como bem salienta Maria Elizabeth Queijo³⁴:

“A única consequência admissível do silêncio, nessa perspectiva, é a não apresentação da versão dos fatos, pelo acusado, deixando ele de aproveitar a oportunidade para apresentar, desde logo, elementos em favor de sua defesa. Se o acusado opta por responder às indagações feitas, adota uma postura mais atuante na autodefesa”.

³⁴ QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo: O princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal.** 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 110.

3.4 O DIREITO AO SILÊNCIO E O PRINCÍPIO DO *NEMU TENETUR SE DETEGERE*

Também conhecido como o princípio da vedação à autoincriminação, este tem por finalidade impedir que o Estado imponha ao réu ou indiciado, alguma obrigação que possa colocar em risco o seu direito de não produzir provas prejudiciais a si mesmo. Na realidade o ônus da prova incumbe à acusação e não ao réu, este é posicionado em uma posição passiva de se defender das alegações produzidas pelo acusador.

Em razão deste princípio, o acusado ou indiciado, não é obrigado a praticar qualquer ato que possa ser prejudicial à sua defesa, tal como, realizar o teste do bafômetro, fornecer padrões gráficos para a realização de exame grafotécnico, participar da reprodução simulada dos fatos ou submeter-se a procedimentos que sejam invasivos ao corpo humano, como por exemplo, exame de sangue, endoscopia, dentre outros.

“[...] sempre que a produção da prova tiver como pressuposto uma ação por parte do acusado (v.g., acareação, reconstituição do crime, exame grafotécnico, bafômetro, etc.), será indispensável seu consentimento. Cuidando-se do exercício de um direito, tem predominado o entendimento de que não se admitem medidas coercitivas contra o acusado para obrigá-lo a cooperar na produção de provas que dele demandem um comportamento ativo. Além disso, a recusa do acusado em se submeter a tais provas não configura o crime de desobediência nem o de desacato, e dela não pode ser extraída nenhuma presunção de culpabilidade, pelo menos no processo penal”.³⁵

O que a Doutrina entende ser possível, é a submissão do acusado a situações nas quais não se exija uma participação ativa na produção probatória, como por exemplo, o comparecimento ao local indicado a fim de que se proceda ao reconhecimento deste por parte da vítima, nesta circunstância só cabe ao réu permanecer no local para seu reconhecimento, este não precisa falar nada ou retirar nada de seu corpo, sendo, portanto, um comportamento passivo deste.

Normalmente, ocorre uma tendência a equiparação do princípio do *nemo tenetur se detegere* com o direito ao silêncio, principalmente devido a máxima de que ninguém é obrigado a produzir provas contra si mesmo. Entretanto, o *nemo tenetur se detegere* e o

³⁵ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 81.

direito ao silêncio não são a mesma coisa, apesar de serem indissociáveis, pois, o direito ao silêncio pode ser considerado uma decorrência de que ninguém é obrigado a se autoincriminar.

O princípio do *nemo tenetur se detegere* é muito mais amplo que o direito ao silêncio, não é restrito apenas a este. Na realidade, o direito ao silêncio pode ser considerado a mais tradicional manifestação do princípio da não autoincriminação.

Nesse mesmo viés do princípio da não autoincriminação, existe mais um desdobramento deste, além do direito ao silêncio. O primeiro a ser mencionado se trata da inexigibilidade de dizer a verdade, visto que no Brasil não há o crime de perjúrio, como nos Estados Unidos, por exemplo.

O direito de mentir por parte do acusado, apesar de ser associado ao direito ao silêncio, está inserido na inexistência de dizer a verdade, que é a primeira decorrência do *nemo tenetur se detegere* que será aqui mencionada.

Em solo brasileiro é possível que sejam prestadas informações inverídicas por parte do acusado com certa tolerância judicial. Vale ressaltar que existem limitações, também não é totalmente livre mentir, entretanto, se a mentira for para se eximir da culpa, sem envolver negativamente terceiros, é tolerável.

Corroborando o entendimento, leciona o autor Guilherme de Souza Nucci³⁶:

“Sustentamos ter o réu o direito de mentir em seu interrogatório de mérito. Em primeiro lugar, porque ninguém é obrigado a se autoacusar. Se assim é, para evitar a admissão de culpa, há de afirmar o réu algo que saber 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 autoincriminar, razão pela qual pode declarar o que bem entender ao juiz. É, pois, um direito”.

³⁶ NUCCI, Guilherme. **Código de Processo Penal Comentado**. 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 456.

Ou seja, se a mentira contatada pelo réu não gera prejuízos a outrem, como por exemplo, a incriminação alheia, sendo uma inverdade apenas para que este se escuse da sua condenação, se autodefendendo, não há crime.

Tem prevalecido, outrossim, o argumento de que o direito ao silêncio não abrange o direito de falsear a verdade no tocante à identidade pessoal, que é a primeira fase do interrogatório, demonstrando típica a conduta de apresentar-se com nome falso ao ser preso no afã de esconder os maus antecedentes. Para corroborar com esse entendimento, a seguir cita-se uma passagem de Maria Elizabeth Queijo³⁷:

“Predomina o entendimento de que o direito ao silêncio tem lugar apenas no interrogatório de mérito. Desse modo, o acusado pode deixar de responder às indagações formuladas a respeito do fato em apuração e suas circunstâncias, não lhe sendo facultado deixar de responder às perguntas formuladas com referência à sua identificação. A recusa de resposta a essas indagações pode ensejar a prática do crime de desobediência.

Nessa esteira, também não é consentido ao acusado faltar com a verdade em relação aos dados que o identificam, sob pena de cometer crime.”

Nesse sentido, o direito ao silêncio se aplicaria apenas à segunda parte do interrogatório, chamada de fase de mérito. Sob esta ótica, o interrogado tem o dever de responder corretamente as perguntas relativas à sua qualificação, sob pena de responsabilidade criminal, porque estas não dizem respeito aos fatos que lhe são imputados e, em consequência, as respostas não trazem em si qualquer atividade defensiva.

Conforme jurisprudência do Supremo Tribunal Federal³⁸:

“**EMENTA:** HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. CRIME DE FALSA IDENTIDADE PARA OCULTAR MAUS ANTECEDENTES. TIPICIDADE DA CONDUTA. 1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal (RE RE 640.139-RG, Rel. Min. Dias Toffoli), ao reconhecer a repercussão geral do tema discutido neste processo, reafirmou a jurisprudência da Corte no sentido de que “o princípio constitucional da autodefesa (art. 5º, inciso LXIII, da CF/88) não alcança aquele que atribui falsa identidade perante

³⁷ QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo:** O princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 243.

³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Acórdão no Habeas Corpus n. 112846/MG. Primeira Turma. Relator: BARROSO, Roberto. Publicado no DJ de 02/09/2014. Disponível em <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25286520/habeas-corporus-hc-112846-mg-stf/inteiro-teor-143454359?ref=juris-tabs>>. Acessado em 15 de maio de 2017.

autoridade policial com o intento de ocultar maus antecedentes, sendo, portanto, típica a conduta praticada pelo agente (art. 307 do CP)”.

Segundo entendimento firmado também pelo Superior Tribunal de Justiça³⁹:

"AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. ART. 304 DO CP E TRÁFICO DE DROGAS. USO DE DOCUMENTO FALSO. MEIO DE AUTODEFESA. TESE IMPROCEDENTE. TIPCIDADE DA CONDUTA. REINCIDÊNCIA. APLICAÇÃO. POSSIBILIDADE. DUPLO APENAMENTO DO MESMO FATO. INEXISTÊNCIA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. FALTA DE PREENCHIMENTO DE UM DOS REQUISITOS.1. O Superior Tribunal de Justiça firmou jurisprudência no sentido de que a atribuição de falsa identidade – por meio de apresentação de documento falso – não constitui mero exercício do direito de autodefesa, razão pela qual não fica afastada a tipicidade da conduta elencada no art. 304 do Código Penal.” AgRg no REsp 1269369 / RS, Sexta Turma, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJ 04/12/2014).

Ainda sobre o assunto, desconsiderando a possibilidade do acusado se manter silente quanto a sua qualificação, sua identidade pessoal, merece destaque para o verbete de súmula nº 522 do STJ⁴⁰, na qual impede que o acusado minta sobre sua qualificação, atribuindo uma falsa identidade a si próprio, tornando a conduta mencionada como crime, inclusive.

Reza a súmula supracitada “A conduta de atribuir-se falsa identidade perante autoridade policial é típica, ainda que em situação de alegada autodefesa”.

Entretanto, essas perspectivas que consideram o silêncio incabível na primeira fase do interrogatório trazem um cerceamento defensivo, visto que a autodefesa está vinculada ao direito de resistir, de mentir e até de fugir, em algumas ocasiões. Se conclui, portanto, que considerar crime ou impedir que o acusado silencie quanto sua qualificação é retirar deste mais um aspecto da sua autodefesa.

³⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão no Recurso Especial n. 1269369/RS. Sexta turma. Relator: JUNIOR, Sebastião Reis. Publicado no DJ de 04/12/2014. Disponível em <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/153229693/recurso-especial-resp-1269369-rs-2011-0180656-0>>. Acessado em 15 de maio de 2017.

⁴⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n. 522. In: _____. Regimento interno e súmulas. Publicada no DJe de 06/04/2015. RSTJ vol. 243, p. 1062. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?livre=522&&b=SUMU&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acessado em 15 de maio de 2017.

Ainda esmiuçando o entendimento sobre a qualificação do acusado, vale ressaltar alguns esclarecimentos, trazidos por Guilherme de Souza Nucci⁴¹:

“o réu pode não ter o nome ou os demais elementos que o qualificam devidamente conhecidos e seguros. Há quem possua dados incompletos, não tenha nem mesmo certidão de nascimento ou seja alguém que, propositadamente, carregue vários nomes e qualificações. Contenta-se a ação penal com a determinação física do autor do fato, razão pela qual se torna imprescindível a sua identificação dactiloscópica, quando preenchidas as situações descritas na Lei 10.054/2000. Lembremos que o art. 259 do Código de Processo Penal, deixa claro que a “impossibilidade de identificação do acusado com o seu verdadeiro nome ou outros qualificativos não retardará a ação penal, quando certa a identidade física”.”

O segundo desdobramento é a grande correlação deste capítulo, que é a não produção de provas contra si mesmo através do silêncio. Inclusive, este silêncio utilizado pelo acusado não pode ser considerado como confissão, nem mesmo pode ser interpretado em prejuízo da defesa, sob pena de esvaziar-se a lógica de tal garantia constitucional.

Tal como narra em sua doutrina Maria Elizabeth Queijo⁴² “Entretanto, não se poderá daí concluir pela confissão ficta, como outrora se inferia tendo em vista o seu silêncio. E muito menos interpretar o silêncio como indício de culpabilidade”.

4 O INTERROGATÓRIO, O SILÊNCIO, A DEFESA E A PROVA NO PROCESSO PENAL: ANÁLISE CRÍTICA

4.1.1 Origem e natureza jurídica do interrogatório

Este pode ser conceituado como ato personalíssimo do acusado de infração penal, em denúncia ou queixa-crime, que se realiza ou perante o juiz competente para apreciar a ação penal, ou em sede policial, perante a autoridade policial. No qual, os supostos réus são submetidos a um procedimento a fim de se obter informações sobre os fatos em questão.

⁴¹ NUCCI, Guilherme. **Código de Processo Penal Comentado**. 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 143.

⁴² QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo: O princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 110.

Trata-se de ato personalíssimo, porque o acusado, quando do interrogatório, não pode ser substituído nesse ato por ninguém, nem por procurador com poderes especiais conferidos para desempenhar tal atividade.

O interrogatório é um ato oral, ou seja, será realizado através da verbalização fonética entre interrogante e interrogado, sem a possibilidade de ambos apresentarem as perguntas e respostas por escrito, a não ser que haja uma deficiência fonética ou auditiva do acusado. Havendo deficiência auditiva, as perguntas serão formuladas por escrito, já havendo deficiência fonética, as perguntas serão formuladas oralmente e respondidas por escrito pelo acusado, como vislumbra-se no artigo 192 do Código de Processo Penal⁴³:

“O interrogatório do mudo, do surdo ou do surdo-mudo será feito pela forma seguinte:

I - ao surdo serão apresentadas por escrito as perguntas, que ele responderá oralmente;

II - ao mudo as perguntas serão feitas oralmente, respondendo-as por escrito;

III - ao surdo-mudo as perguntas serão formuladas por escrito e do mesmo modo dará as respostas”.

Há ainda o parágrafo único do artigo 192 do Código de Processo Penal, que prevê a ocorrência do interrogatório de um analfabeto, trazendo como solução a presença de um intérprete, tal como salienta o dispositivo em sequência “Caso o interrogando não saiba ler ou escrever, intervirá no ato, como intérprete e sob compromisso, pessoa habilitada a entendê-lo”⁴⁴.

Neste mesmo viés, o artigo 193 do Código de Processo Penal⁴⁵ trata do interrogado estrangeiro, que não fale a língua portuguesa e também trás como solução a presença de um intérprete que auxiliará a ocorrência do interrogatório.

O interrogatório está disciplinado no Código de Processo Penal nos artigos 185 a 196, classificado como prova em espécie. Este é um dos momentos mais relevantes do processo,

⁴³ BRASIL. **Código de Processo Penal**. Texto promulgado em 3 de outubro de 1941. Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em 05 de maio de 2017.

⁴⁴ Idem 43.

⁴⁵ Art. 193. “Quando o interrogando não falar a língua nacional, o interrogatório será feito por meio de intérprete”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acessado em 05 de maio de 2017.

pois é por meio dele que o juiz toma contato com o réu. Permite que o magistrado conheça mais de perto aquele a quem o Ministério Público ou o querelante atribui a prática de uma infração penal.

Por meio dele, o juiz pode melhor avaliar a pretensão penal deduzida em juízo. Permite ainda que o julgador possa melhor sopesar as declarações do interrogando com o restante do contexto probatório, extraíndo, ao final, o seu convencimento mais exato quanto possível do fato atribuído ao réu em sua plenitude.

Também é por meio deste instituto que o acusado tem a oportunidade de ter contato com a autoridade policial ou judicial e realizar a sua autodefesa, apresentando a sua versão sobre os fatos a si atribuídos, silenciando ou até mesmo realizando alguma reivindicação.

O interrogatório se apresenta diante de duas fases distintas, a primeira denomina-se de fase de qualificação e a segunda como a fase de mérito. Na fase de qualificação o interrogado fornece à Autoridade seus dados pessoais que o identificam, tais como, nome, filiação, naturalidade, dentre outros, até mesmo sinais e características pessoais. Já na fase de mérito, são colocados em pauta perguntas em relação ao fato delituoso e suas circunstâncias.

É discutível se o direito ao silêncio se enquadra em toda a extensão do interrogatório, ou somente na segunda fase deste, na fase de mérito, onde realmente ocorrem as perguntas relativas ao fato delituoso. Entretanto, o entendimento predominante é a utilização do direito ao silêncio somente na fase de mérito.

Ao iniciar o interrogatório, como já foi mencionado, o acusado deverá ser qualificado. Será perguntado a este sobre seu nome, naturalidade, estado civil, idade, filiação, residência, meios de vida e lugar onde exerce a sua atividade e se sabe ler e escrever.

Em, seguida, o Juiz deve dar ciência ao denunciado da acusação que pesa contra ele e, também, adverti-lo de que não está obrigado a responder às perguntas que lhe forem formuladas. A advertência do direito ao silêncio é muito importante para o acusado ter ciência quanto ao seu direito e quanto as consequência da sua utilização. Não pode o

ordenamento jurídico tutelar determinado direito sem criar mecanismos ao principal interessado para garantir a sua efetivação.

Em relação ao tema da advertência quanto ao crime ao silêncio, cita-se Maria Elizabeth Queijo⁴⁶ “Dessa forma, de pouca ou nenhuma valia seria a previsão do direito ao silêncio para o acusado se não houvesse o correspondente dever da autoridade de informá-lo acerca desse direito e de sua extensão”.

Existem duas espécies de interrogatório, sendo a primeira o interrogatório extrajudicial e a segunda o interrogatório judicial.

Quanto às regras utilizadas no interrogatório em sede policial, consideram-se as mesmas que são utilizadas no interrogatório judicial, com as adaptações pertinentes, visto que o indiciado ainda não é considerado réu em ação penal, em homenagem ao princípio da presunção de inocência. Por conseguinte, a aplicação do direito ao silêncio não sofre qualquer restrição, sendo este plenamente cabível também em sede policial.

Comumente, o reconhecimento do direito ao silêncio impõe-se com maior austeridade nos interrogatórios extrajudiciais, perante as autoridades policiais, já que nas Delegacias e Distritos Policiais o indivíduo tende a se sentir intimidado, vulnerável, até mesmo pelo lapso temporal pequeno entre a ocorrência do fato e suas explicações, nos casos de prisão em flagrante, por exemplo.

É sabido que na fase investigatória não é incomum a ocorrência de abusos físicos e morais contra o suspeito ou indiciado, apesar de ser amplamente reprovável pelo ordenamento jurídico pátrio, que prioriza sempre a dignidade da pessoa humana, no dia a dia policial não é muito raro essas condutas.

⁴⁶ QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo:** O princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 249.

A respeito do interrogatório extrajudicial, cita-se Maria Elizabeth Queijo⁴⁷:

“Tal observância impõe-se com maior rigor ainda nos interrogatórios realizados pelas autoridades policiais. É que, nas dependências policiais, o indivíduo fica mais vulnerável, quer pelo ambiente, quer pela proximidade temporal em relação ao fato (no caso de prisão em flagrante), quer pela ausência de defensor.

Não raro é na fase de investigações que ocorrem abusos, físicos e morais, contra o suspeito ou indiciado”.

O direito ao silêncio não admite interrupções, graduações, decorrentes de fases processuais. E este sendo válido e reconhecido perante a autoridade judicial, também o deverá ser perante a autoridade policial.

Á defesa pode interessar o silêncio, pois às vezes, o indiciado não possui ciência exata dos fatos, ou se encontra dominado por emoções que venham a prejudicar a sua memória, inteligência, nervosismo.

O que pode ocorrer também é a insegurança do acusado pela ausência de um defensor para si ou até mesmo o desejo deste em não revelar o envolvimento de terceiras pessoas no fato, a fim de protegê-las, por possuir relações de proximidade ou com temor de represálias.

A não observância do direito ao silêncio na fase do inquérito policial poderá trazer prejuízos à defesa do acusado, sendo o caso, por exemplo, do acusado vir a responder às indagações realizadas pela autoridade policial e posteriormente ciente de sua garantia constitucional ao silêncio, em sede judicial, este venha a não responder as perguntas realizadas pelo magistrado, evidentemente as declarações prestadas anteriormente poderão repercutir negativamente no convencimento do julgador.

Não é o emanado pela lei, visto que a não observância do direito ao silêncio em sede policial que gere prejuízos a defesa, deve ser considerado absolutamente nulo, entretanto, é sabido a realidade acusatória presente na rotina do judiciário brasileiro.

⁴⁷ QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo: O princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal.** 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 237.

Quanto ao interrogatório judicial, às características são as mesmas do interrogatório extrajudicial, quais sejam o interrogatório judicial também é um ato personalíssimo, individual, as perguntas são formuladas pelo magistrado vigorando o sistema presidencialista, é um ato oral e público, a não ser que o processo corra em segredo de justiça.

A Lei nº 11.719/2008 promoveu algumas alterações no interrogatório, dentre as quais, o interrogatório passou a ser o último ato do processo, depois de finalizada a instrução. Vale ressaltar que algumas leis especiais mantiveram o interrogatório como primeiro ato da execução, como por exemplo, a Lei de drogas (Lei nº 11.343/2006), os processos de competência originária e os processos regidos pelo Código Processual Penal Militar.

A modificação apresentada acima representa um avanço procedimental, onde o acusado tem a possibilidade de se contrapor de todas as alegações trazidas na instrução probatória, após conhecer a integralidade de todas as provas. Na redação anterior o interrogatório ocorria em uma audiência entre o acusado e o juiz, após a citação do acusado, onde nem o advogado era presença imprescindível.

Somente no ano de 2003, com a Lei nº 10.792 que houve outra importante modificação processual, trazendo a exigência da presença de um defensor no interrogatório do acusado.

Diante dessas explicações, vale ressaltar as palavras de Aury Lopes Jr. e Alexandre Morais da Rosa⁴⁸:

“A redação anterior do interrogatório no processo penal era quase uma confissão cristã. Depois de citado, havia uma audiência entre o acusado e o juiz, no qual era indagado sobre o conteúdo da imputação. Nem advogado era necessário, mas se fosse, não poderia perguntar ou participar. Sim, até 2003, era assim que funcionava. A doutrina repetia um mantra inquisitório: o interrogatório é ato pessoal do juiz. Apenas juiz, acusado e escrivão para digitar (ou datilografar, em tempos mais longínquos...). Somente depois disso era nomeado o defensor dativo para aqueles que não tivessem condições de constituir um advogado. E isso perdurou até o século XXI, inacreditavelmente”.

Outra modificação significativa foi trazida pela Lei nº 11.900/2009, que é a adoção do interrogatório à distância, através do sistema eletrônico de videoconferência, que possibilita

⁴⁸ JUNIOR, Aury Lopes e ROSA, Alexandre de Morais da. Interrogatório deve ser o último ato do processo. Revista Consultor Jurídico. 03 de julho de 2015, 8h00. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jul-03/limite-penal-interrogatorio-ultimo-ato-processo>>. Acessado em 10 de maio de 2017.

a prevenção do risco à segurança pública, nos casos que existam fundadas suspeitas de fuga ou de integração de organização criminosa⁴⁹, para possibilitar a participação do réu nos casos de dificuldades para o seu comparecimento em juízo⁵⁰, impedir a influência do réu nos depoimentos testemunhais ou da vítima⁵¹ ou devido a gravíssima questão de ordem pública⁵².

Quando o acusado estiver preso, por exemplo, o interrogatório pode ocorrer no próprio estabelecimento prisional, desde que haja condições adequadas de segurança. Se não, cabe ao juiz requisitar o réu, isto é, determinar à polícia que o traga à sua presença no momento designado para o interrogatório.

Os avanços tecnológicos que acompanham os dias de hoje também adentraram nos tribunais e no legislativo, a fim de facilitar e agilizar a prestação jurisdicional em consonância com o princípio da eficiência e da economia processual, entretanto, a utilização do interrogatório por videoconferência é uma excepcionalidade e para que ocorra, deverá haver o requerimento das partes ou o juiz pode solicitar de ofício, desde que fundamente a sua decisão.

Quanto à natureza jurídica do interrogatório está intimamente atrelada ao modelo processual adotado por determinado Estado, dependendo deste, o interrogatório poderá ser visto como meio de prova, como meio de defesa ou com ambas as qualificações, de forma híbrida. Diante disso, pode-se afirmar que a natureza jurídica do interrogatório é de distintas opiniões doutrinárias.

⁴⁹ Art. 185, I – CPP: “Prevenir risco à segurança pública, quando exista fundada suspeita de que o preso integre organização criminosa ou de que, por outra razão, possa fugir durante o deslocamento”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acessado em 05 de maio de 2017.

⁵⁰ Art. 185, II – CPP: “Viabilizar a participação do réu no referido ato processual, quando haja relevante dificuldade para seu comparecimento em juízo, por enfermidade ou outra circunstância pessoal”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acessado em 05 de maio de 2017.

⁵¹ Art. 185, III – CPP: “Impedir a influência do réu no ânimo de testemunha ou da vítima, desde que não seja possível colher o depoimento destas por videoconferência, nos termos do art. 217 deste Código”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acessado em 05 de maio de 2017.

⁵² Art. 185, IV – CPP: “Responder à gravíssima questão de ordem pública”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acessado em 05 de maio de 2017.

Como bem salienta Haddad⁵³, “Cada sistema processual é produto de uma filosofia estatal. Segundo seja ela liberal ou autoritária, assim será o sistema processual e, em consequência, a forma, a importância e a natureza do interrogatório”.

Considerando primeiramente os tipos de sistemas processuais penais existentes, encontra-se relevância no sistema inquisitório, no sistema acusatório e no sistema misto.

De forma objetiva e resumida, Guilherme de Souza Nucci⁵⁴ leciona:

“O sistema inquisitivo é caracterizado pela concentração de poder nas mãos do julgador, que exerce, também, a função de acusador; a confissão do réu é considerada a rainha das provas; não há debates orais, predominando procedimentos exclusivamente escritos; os julgadores não estão sujeitos à recusa; o procedimento é sigiloso; há ausência de contraditório e a defesa é meramente decorativa. O sistema acusatório possui nítida separação entre o órgão acusador e o julgador; há liberdade de acusação, reconhecido o direito ao ofendido e a qualquer cidadão; predomina a liberdade de defesa e a isonomia entre as partes no processo; vigora a publicidade do procedimento; o contraditório está presente; existe a possibilidade de recusa do julgador; há livre sistema de produção de provas; predomina maior participação popular na justiça penal e a liberdade do réu é a regra. O sistema misto, surgido após a Revolução Francesa, uniu as virtudes dos dois anteriores, caracterizando-se pela divisão do processo em duas grandes fases: a instrução preliminar, com os elementos do sistema inquisitivo, e a fase de julgamento, com a predominância do sistema acusatório.”

A doutrina diverge muito em relação a natureza jurídica do instituto do interrogatório, alguns entendem que este é um meio de prova, outros que este é um meio de defesa, tendo ainda aqueles que veem o interrogatório como meio de defesa e em segundo plano, como meio de prova.

Em uma primeira percepção, podemos considerar o interrogatório como meio de prova pela própria divisão realizada no Código de Processo Penal⁵⁵. Em uma análise topográfica do Código de Processo Penal brasileiro promulgado em 1941, verifica-se que o interrogatório foi alocado pela referida lei, no Título VII, intitulado como “Da Prova”, em capítulo específico de número III, intitulado como “Do interrogatório do acusado”.

⁵³ HADDAD, Carlos Henrique Borlido. **O Interrogatório no Processo Penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 70.

⁵⁴ NUCCI, Guilherme. **Código de Processo Penal Comentado**. 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 54.

⁵⁵ BRASIL. **Código de Processo Penal**. Texto promulgado em 3 de outubro de 1941. Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em 18 de abril de 2017.

Já na perspectiva de considerar o interrogatório como meio de defesa, Fernando Capez⁵⁶ sustenta que:

“(...) sendo o interrogatório o momento processual no qual, por excelência, o sujeito da defesa, i. e., o acusado, tem a possibilidade de materializar o seu direito de audiência, influenciando na formação da convicção do órgão jurisdicional através da narração dos fatos consoante a sua versão, torna-se evidente a natureza de meio de defesa do interrogatório”.

Importante também registrar a posição doutrinária de Aury Lopes Jr.⁵⁷ sobre a natureza jurídica do interrogatório, mostrando a posição mista deste ilustre autor, considerando ser o interrogatório tanto um meio de defesa, como um meio de prova:

“(...) pois as alternativas ‘meio de prova’ e ‘meio de defesa’ não são excludentes, senão que coexistem de forma inevitável. Assim, se de um lado potencializamos o caráter de meio de defesa, não negamos que ele também acaba servindo como meio de prova, até porque, ingressa na complexidade do conjunto de fatores psicológicos que norteiam o ‘sentire’ judicial materializado na sentença.”

O interrogatório é concomitantemente meio de prova e meio de defesa, pois enquanto o acusado se defende, não deixa de ministrar ao juiz, elementos úteis à apuração da verdade, seja pelo confronto com provas existentes, seja por circunstâncias e particularidades das próprias declarações que presta.

Na perspectiva de considerá-lo como meio de prova, remonta-se ao modelo inquisitório, onde o acusado é visto como objeto probatório no processo. Sendo assim, o acusado não possui a liberdade de não responder as indagações que lhe são formuladas. Não há a garantia constitucional do direito ao silêncio.

Sob a ótica da consideração do interrogatório como meio de defesa, o acusado assume uma posição amparada pela garantia constitucional do direito ao silêncio. Ou seja, este possui a faculdade de responder as indagações que lhe são apresentadas, não uma obrigação.

⁵⁶ CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.396-397.

⁵⁷ LOPES JR., Aury. Direito Processual e sua conformidade constitucional. Vol. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 598.

No Direito brasileiro, adota-se atualmente o modelo processual acusatório e isso pode ser identificado vide o artigo 129, I, da Constituição Republicana⁵⁸, sendo visível a opção acusatória do legislador quando da entrega ao Ministério Público, órgão distinto do judiciário, a função persecutória. Essa é a característica mais marcante do modelo acusatório, que se caracteriza pela desvinculação integral das funções institucionais de julgar, acusar e defender.

O texto constitucional menciona outros dispositivos que constituem o modelo acusatório, mas o dispositivo supramencionado é a características palmar.

Através do interrogatório, portanto, o acusado tem a prerrogativa de trazer a tona a sua verdade sobre os fatos em questão, conseqüentemente, pode-se considerar que o interrogatório está atrelado à autodefesa, constituindo um meio de defesa.

O interrogatório sendo meio e oportunidade de defesa, o acusado tem a prerrogativa de escolher os melhores meios e modos de exercer o seu direito ao contraditório, sem que nenhuma presunção, quanto mais de culpabilidade, advenha do silêncio.

4.1.2 Reconhecimento do direito ao silêncio no interrogatório

Inicialmente, é importante destacar que o direito ao silêncio no interrogatório deve estar presente em todas as fases procedimentais nas quais o acusado for interrogado. Ou seja, tanto em sede policial quanto em sede judicial, deverá ser observado o direito ao silêncio.

Assim como menciona Maria Elizabeth Queijo⁵⁹ acolhendo a metáfora de Radbruch, “o princípio terá de colher o respeito tanto do juiz que ‘habita o andar nobre da casa, onde

⁵⁸ Art. 129: “São funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acessado em 18 de abril de 2017.

⁵⁹ QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo: O princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal.** 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 238.

predominam formas esmeradas de tratamento’, como da polícia criminal que ocupa a ‘cave do edifício, onde a regra é o recurso a processos mais rudes de tratamento’”.

No Brasil, o direito ao silêncio do acusado, que já era mencionado no artigo 186 do Código de Processo Penal, entretanto com algumas ressalvas negativas para a defesa, interpretado em prejuízo da mesma, foi elevado à condição de garantia constitucional, previsto no artigo 5º, inciso LXIII, da Constituição brasileira de 1988.

Embora o texto constitucional mencione exclusivamente o preso, a interpretação desta deve ser ampla, no sentido de que a garantia abrange toda e qualquer pessoa, corroborando com a presunção de inocência.

Em decorrência disso, são incompatíveis com os referidos textos quaisquer disposições legais que possam, direta ou indiretamente, forçar o suspeito, indiciado, acusado ou mesmo qualquer pessoa, incluindo testemunhas, a uma autoincriminação.

O direito ao silêncio que já é concedido por longos anos ao acusado, já chegou a ser considerado um desafio à autoridade interrogante. Era entendido que o direito ao silêncio desmoralizaria a magistratura ou a autoridade policial, demonstrando certa impotência da autoridade interrogante, que não teria as suas perguntas formuladas, respondidas pelo acusado.

Neste viés, Maria Elizabeth Queijo⁶⁰ menciona em sua obra “Objetava-se que o silêncio do acusado significaria a desmoralização para a magistratura, bem como a impotência e a inferioridade do juiz diante do acusado, que não poderia obter dele as respostas às perguntas formuladas”.

⁶⁰ QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo: O princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal.** 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 235.

Atualmente, considera-se que o direito ao silêncio exterioriza certo obstáculo para a elucidação dos fatos, mas que este não é antinatural, não podendo ser valorado, nem constituindo a interpretação de confissão ou falta de defesa.

Importante destacar que o direito constitucional de se manter em silêncio, não se confunde com a realização do interrogatório em si. O interrogatório é ato obrigatório, podendo a autoridade, judicial ou policial, determinar, inclusive, a condução coercitiva do acusado a fim de que seja interrogado. Nada impede que, este presente, cale-se. Uma coisa não implica na outra.

A obrigatoriedade da presença física do acusado não lhe retira o direito ao silêncio. Trata-se de um dos mais importantes atos processuais, inclusive a falta de citação do réu para o seu interrogatório, quando possível, constitui nulidade, vide artigo 564, III, “e”, do Código de Processo Penal, diante das garantias estabelecidas na Constituição Federal de 1988, especialmente a do devido processo legal.

O direito ao silêncio, se desrespeitado, também gera a nulidade do interrogatório, até de maneira absoluta, dependendo do prejuízo causado à ampla defesa, poderá ocorrer à nulidade de todos os atos que dele dependam ou que dele derivem, devendo, assim, ser analisado caso a caso.

Como já mencionado anteriormente, em regra, o direito ao silêncio aplica-se a segunda parte do interrogatório, visto que o interrogado tem o dever de responder corretamente às perguntas relativas à sua qualificação, sob pena de responsabilização criminal.

Muito embora o direito processual penal moderno tenha abdicado do contributo do acusado na elucidação da verdade, é inegável que este continua a exercer um papel essencial como meio de prova, porquanto aquilo que ele diz e a forma como ele se comporta possuem um grande peso na formação da convicção do juiz.

Quando o juiz diz ao réu que ele não está obrigado a responder às perguntas que lhe forem formuladas está assegurando seu direito ao silêncio e de maneira expressa, sem subterfúgios decorrentes da omissão. Com efeito, ele assegura o silêncio de maneira categórica ao réu.

Entretanto, é evidente que o silêncio pode ser interpretado em desfavor de sua defesa, pois o juiz no seu livre convencimento pode interpretar o silêncio da maneira como o conjunto de provas demonstrarem.

Vale ressaltar que o direito ao silêncio deve ser aplicado em todas as fases procedimentais onde o acusado for interrogado. Independentemente de, em alguns deles, o réu tenha respondido ao que foi indagado. Assim, nos interrogatórios, tanto a cargo da polícia ou do judiciário, deverá ser observado o direito ao silêncio.

4.1.3 O interrogatório e a esfera da intimidade

A esfera da intimidade é essencial ao sujeito como atributo inderrogável de sua personalidade. A intimidade é um direito inerente à personalidade, inserido nas liberdades públicas, oponíveis à autoridade pública, tanto no caso de autoridade policial, quanto autoridade judicial.

O direito ao silêncio no plano do direito material é o direito à intimidade, atributo da personalidade. O indivíduo dispõe deste direito para subtrair-se à publicidade, nada mais é do que o direito de manter-se afastado de olhos e ouvidos indiscretos, na esfera de reserva.

Silenciar-se significa que o indivíduo a ser julgado optou por fazer uso de um direito constitucional a ele garantido, por motivos múltiplos, que dizem respeito à sua pessoa.

Relacionando o silêncio como uma manifestação da intimidade, Maria Elizabeth Queijo⁶¹ cita:

“Em seu íntimo, o indivíduo tem o direito de calar, de não se pronunciar a respeito da imputação, de reservar-se em seu interior. A respeito, o Abade Dinouart já

⁶¹ QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo:** O princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 233.

afirmava que “O homem nunca é tão dono de si mesmo quanto no silêncio: fora dele, parece derramar-se, por assim dizer, para fora de si e dissipar-se pelo discurso; de modo que ele pertence menos a si mesmo do que aos outros”.”

Desta forma, há verdades e fatos íntimos escondidos da personalidade, ideias, concepções da vida, juízos, emoções, que, mesmo se conhecidos pela consciência, não se pretende que sejam revelados.

O direito ao silêncio encarta-se nas liberdades públicas e tem por fundamento a intimidade, realizando-se no direito ao contraditório e na ampla defesa. A garantia do silêncio configura manifestação do direito à intimidade que, igualmente, é um direito fundamental, previsto no artigo 5º, X, CRFB⁶², que diz que: “São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

Mais uma vez, o Pacto de São José da Costa Rica se faz presente, evidenciando a preocupação internacional com a proteção a intimidade, tal como traduz o seu artigo 11⁶³, sob o título “Proteção da honra e da dignidade”:

- “1. Toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade.
2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação.
3. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou tais ofensas”.

O direito ao silêncio pertence à intimidade como manifestação de uma essencial feição das liberdades públicas. É necessário permitir ao homem calar-se, fechar-se em si mesmo, nos seus pensamentos e reflexões, não se expondo, considerando seus juízos e podendo posicionar-se livremente perante as coisas.

A limitação que o próprio Estado impõe é garantia da liberdade individual enquanto abstenção de atos tendentes a ferir a intimidade da pessoa na sua vida privada e em sua

⁶² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988. Brasília. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 5 de maio de 2017.

⁶³ COSTA RICA. **Convenção Americana Sobre Direitos Humanos**. Texto promulgado em 22 de novembro de 1969. San José. Disponível em: <http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/c.Convencao_Americana.htm>. Acesso em 11 de maio de 2017.

individualidade. Não há substituição da livre consciência da manifestação individual pelo Estado. Há um limite entre a intervenção e a autodeterminação do homem que permeia sua liberdade. Assim, o silêncio do indivíduo é protegido pela redoma da intimidade que não pode ser quebrada por imposição estatal.

4.2 O SILÊNCIO DO RÉU COMO PROVA NO PROCESSO PENAL

No Processo Penal brasileiro existem certos limites para a admissão e produção de uma prova, este não é um direito absoluto. São admitidas as provas que não forem proibidas por lei. Logo, as provas proibidas não são admitidas no processo penal, e para que essas provas inúteis não produzam qualquer efeito, estas deverão ser excluídas do procedimento.

Sob esta ótica de provas ilícitas, não pode o juiz ou a autoridade policial, no ato do interrogatório, utilizar-se de nenhum método com a finalidade de extrair a confissão do acusado, não pode o réu ou o indiciado ser influenciados a manifestar-se no interrogatório quando esta não for a sua íntima intenção.

A título exemplificativo, não será admitido a utilização de promessas, ameaças, métodos tendenciosos, torturantes ou enganosos a fim de encorajar o réu a cooperar com a produção probatória, qualquer ato que seja contrário a vontade do réu, é vedado e não deve, de forma alguma, serem forçados. Todos os meios citados são vedados pela Constituição da República Federativa do Brasil e constituem provas ilícitas.

Além do mais, os métodos acima citados ferem vários direitos, princípios e garantias constitucionais, por limitar o livre arbítrio do indivíduo e sua autodeterminação, ambos essenciais a dignidade humana. Dentre as garantias violadas, temos o direito ao silêncio que é concedido ao réu.

Desta forma, as perguntas que forem realizadas em um interrogatório devem ser formuladas de maneira que não sejam interpretadas de forma dúbia, maliciosa, tendenciosa ou sugestiva. As perguntas devem ser claras e objetivas, uma vez que as respostas extraídas do interrogado devem ser fruto de sua livre manifestação.

O silêncio não pode implicar consequências desfavoráveis para quem o invoca, ou seja, o silêncio não é valorável, não podendo ser sujeito ao princípio da livre apreciação da prova, seja total ou parcial.

Helen Hartmann⁶⁴ pontua que:

“Entender o silêncio como uma opção indolente ou inatural por não apresentar uma versão dos fatos — ponderação que vem a lume quando do convencimento do magistrado — é valorá-lo tal qual a uma confissão. Quando o magistrado entende que todo o inocente necessariamente verbaliza sua versão, condena aquele que se cala a uma confissão velada. O silêncio não deve pesar ao convencimento porque nada é. Do contrário, trata-se de torturar racional e psiquicamente, por meio das implicações do exercício do direito ao silêncio”.

O direito ao silêncio não pode acarretar nenhum prejuízo ao réu, não podendo ser considerado como uma admissão de culpabilidade, tampouco originar presunções contra o réu, já que é um direito constitucionalmente garantido ao acusado. Também não pode embasar o aumento de pena, a análise da personalidade do acusado ou a decretação de prisão cautelar do réu, caso contrário a essência deste direito se restará comprometida.

Na mesma ótica, nas palavras de Guilherme de Souza Nucci⁶⁵:

“É preciso abstrair, por completo, o silêncio do réu, caso o exerça, porque o processo penal deve ter instrumentos suficientes para comprovar a culpa do acusado, sem a menor necessidade de se valer do próprio interessado para compor o quadro probatório da acusação.”

Sob uma análise crítica, pode-se concluir que a máxima de “quem cala, consente” muitas vezes é utilizada no dia a dia forense, principalmente daqueles que assumem a posição de julgadores e, portanto, ao emitirem um juízo valorativo das provas produzidas, acabam por considerar o silêncio contrariamente ao acusado, de forma errônea.

Corroborando com a crítica acima trazida, cita-se Maria Elizabeth Queijo⁶⁶:

⁶⁴ HARTMANN, Helen. Da reforma (retórica) do art. 186 do CPP à inefetividade (persistente) do direito ao silêncio. In: MORAIS DA ROSA. Para um direito democrático: diálogos sobre paradoxos. Florianópolis; Conceito, 2006, 149-168.

⁶⁵ NUCCI, Guilherme. **Código de Processo Penal Comentado**. 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 419.

⁶⁶ QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo: O princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 234.

“Em que pese a difusão do direito ao silêncio, com maior ou menor extensão nas diversas legislações, registra-se uma forte tendência à associação do referido direito à culpabilidade do acusado, que vem de longa data, mas que persiste no dia a dia dos Tribunais, nos julgados de primeiro grau, em alguns escritos doutrinários. Aliás, o receio de que o silêncio seja interpretado como manifestação de culpabilidade é determinante para que o acusado não exerça o direito ao silêncio”.

Citando Aury Lopes Jr. e Alexandre Morais⁶⁷, vislumbramos a crítica retratada acima:

“Como o silêncio pode deslizar em diferentes sentidos para o sujeito, especialmente no ambiente processual brasileiro, ficar em silêncio pode ser um risco a ser mensurado. Exercer direitos no Brasil pode ser uma tarefa clandestina e arriscada, principalmente quando se está movido por verdades absolutas e autoritárias. O risco está posto. A análise deve ser feita em cada processo penal, conforme seus personagens. A dinâmica do processo é única. O silêncio, todavia, pode ganhar sentidos inesperados, dado que os efeitos do silêncio são imprevisíveis. Afinal, quem cala, nem sempre consente. Certo?”

De fato, ainda é muito enraizado o direito ao silêncio em desfavor do acusado e essa análise crítica se torna ainda mais preocupante quando nos deparamos com os julgamentos dos crimes dolosos contra a vida, nos Tribunais do Júri, onde o julgamento ocorre através de pessoas comuns, juízes não togados e que inclusive emitem decisões que não necessitam de motivação, são, portanto, imotivadas.

Segundo Maria Elizabeth Queijo⁶⁸, a tendência de considerar o silêncio como uma forma de culpabilidade, tem uma vinculação que vem de longa data e infelizmente, persiste até os dias atuais. Muitos entendem que aquele que não tem nada a esconder, quer dizer tudo que sabe e com rapidez. Essa tendência acima mencionada vem do modelo processual inglês, e é chamado de *accused speaks*, conforme será retratado a seguir:

“Tal vinculação decorre de enraizada ideia preconcebida, que remonta ao modelo de processo inglês denominado *accused speaks*, de que quem é inocente responde às indagações formuladas, porque nada tem a ocultar. Mais do que isso: o inocente brada, grita, manifesta-se, proclamando a sua condição. Ilustrativo, a respeito, o dito popular, por vezes recordado em julgados, de que “quem cala, consente””.

Nitidamente, percebe-se que a única razão para o acusado se calar é a falta de elementos para a sua defesa, correspondendo, portanto, para a admissão de sua culpabilidade. Trata-se

⁶⁷ JUNIOR, Aury Lopes e ROSA, Alexandre de Morais da. Máxima do “quem cala consente” é o perigo do silêncio do acusado. Revista Consultor Jurídico. 24 de abril de 2015, 8h00. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-abr-24/limite-penal-maxima-quem-cala-consente-perigo-silencio-acusado#_ednref2>. Acessado em 10 de maio de 2017.

⁶⁸ QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir prova contra si mesmo: O princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências no processo penal.** 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 234.

obviamente de uma visão preconceituosa do direito ao silêncio, mas que é ainda recorrente no âmbito processual penal brasileiro.

O acusado é sujeito de direitos na relação processual e jamais pode ser convertido em objeto do processo, pois que lhe são reconhecidas todas as garantias de defesa e, assim, deve ser visto como participante volitivo da reconstrução da verdade fática. De sua parte, não há o dever de obediência e colaboração na colheita das provas.

É defeso exigir do imputado uma atitude positiva na persecução, é dizer, uma ação que acarrete prejuízo próprio, tampouco obrigar que tolere passivamente uma ação de terceiro que viole a sua intimidade. Deve ser respeitada a vontade do imputado na produção probatória.

4.3 MODIFICAÇÕES NO PROCESSO PENAL

O Código de Processo Penal brasileiro foi promulgado em 1941 e ainda se encontra em vigor nos dias atuais, e desde então já previa a proteção do direito ao silêncio. Entretanto, o dispositivo que mencionava o assunto inicialmente não seguia as orientações constitucionais atuais.

A antiga redação do artigo dispunha que o juiz deveria informar ao réu que este não estava obrigado a responder às indagações realizadas, mas que o seu silêncio poderia ser interpretado em prejuízo próprio e da sua defesa.

O dispositivo rezava, *in verbis*: “Antes de iniciar o interrogatório, o juiz observará ao réu que, embora não esteja obrigado a responder às perguntas que lhe forem formuladas, o seu silêncio poderá ser interpretado em prejuízo da própria defesa”⁶⁹.

O texto do dispositivo supramencionado foi alterado no ano de 2003, pela Lei nº 10.792, para fazer prevalecer o conteúdo real do princípio constitucional trazido pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

⁶⁹ BRASIL. **Código de Processo Penal**. Texto promulgado em 3 de outubro de 1941. Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13689.htm>. Acesso em 10 de maio de 2017.

A nova redação prevista no Código de Processo Penal⁷⁰, em seu artigo 186, diz:

“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”.

Mesmo que muito pertinente a presença e as modificações trazidas pela Lei nº 10.792/2003, esta cometeu um leve descuido ao não tratar da revogação do artigo 198 do Código de Processo Penal, que diz que: “O silêncio do acusado não importará confissão, mas poderá constituir elemento para a formação do convencimento do juiz”.

Logo, se o silêncio não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa, é evidente que também não poderá constituir elemento para a formação do convencimento do juiz.

Nitidamente este dispositivo é incompatível com o parágrafo único do artigo 186 do Código de Processo Penal, que além de ferir o princípio da não autoincriminação, previsto no inciso LVIII do artigo 5º da Constituição brasileira de 1988, está claro que houve uma revogação tácita pela incompatibilidade desta nova lei que alterou o Código de Processo Penal, que veio regular este aspecto do direito ao silêncio e disciplinou diversamente a matéria.

Desta forma, se a prova for obtida sem observância desse direito fundamental, será considerada prova ilícita, devendo ser desentranhada dos autos, conforme o artigo 157 do Código de Processo Penal⁷¹ brasileiro, com a seguinte redação: “São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”.

⁷⁰ Idem 69.

⁷¹ BRASIL. **Código de Processo Penal**. Texto promulgado em 3 de outubro de 1941. Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em 10 de maio de 2017.

Outra modificação ocorrida no Código de Processo Penal brasileiro, trazida pela Lei nº 11.719/2008 e que possui ligação com a temática desta monografia, foi em relação ao interrogatório judicial, que passou a ser o último ato da instrução.

Quanto ao assunto, a Lei supracitada modificou o artigo 400 do Código Processual Penal⁷² brasileiro, que passou a vigorar com a seguinte redação:

“Na audiência de instrução e julgamento, a ser realizada no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, ressalvado o disposto no art. 222 deste Código, bem como aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, em seguida, o acusado”.

Atualmente, após o ano de 2008, abre-se a oportunidade do acusado presenciar e ouvir todos os depoimentos oriundos das testemunhas de defesa e de acusação, da própria vítima, quando na ocasião existir, e então tomar a ciência de tudo que está sendo imputado em seu desfavor para só posteriormente se manifestar, contando a sua versão dos fatos e podendo abrir defesa contra cada acusação feita em juízo anteriormente a sua manifestação.

Obviamente, ainda existem casos em que o acusado é retirado do recinto onde ocorre a oitiva da vítima ou das testemunhas porque esta ou aquela não estão confortáveis com a presença do acusado, ou possuem temor quanto a futuras represálias por parte deste. A necessidade de proteger as pessoas ouvidas em juízo permite, conforme o caso, justificar o afastamento do acusado da sala de audiência, conforme o artigo 217 do Código de Processo Penal⁷³. Caso contrário, a presença do réu pode causar humilhação, temor ou sério constrangimento à testemunha ou ao ofendido, prejudicando a verdade de seu depoimento.

Mas retirando esta exceção, o acusado está livre para exercer a sua autodefesa através do seu interrogatório, como também de exercer o seu direito de presença, estando a par de todos os depoimentos prestados anteriormente ao seu.

⁷² Idem 71.

⁷³ Art. 217. “Se o juiz verificar que a presença do réu poderá causar humilhação, temor, ou sério constrangimento à testemunha ou ao ofendido, de modo que prejudique a verdade do depoimento, fará a inquirição por videoconferência e, somente na impossibilidade dessa forma, determinará a retirada do réu, prosseguindo na inquirição, com a presença do seu defensor”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acessado em 20 de maio de 2017.

Anteriormente a modificação trazida pela Lei nº 11.719/2008, houve outra modificação trazida pela Lei nº 10.792/2003, que mudou a condição da presença do advogado no interrogatório. O que se tinha anteriormente a Lei supracitada era a citação do acusado a comparecer em sede judicial, chegando ao judiciário, havia uma audiência entre o acusado e o juiz, que presidia o interrogatório e indagava o acusado sobre o teor das acusações feitas pela outra parte ou pelo Ministério Público.

Não era necessária a presença de um defensor ou advogado e caso este estivesse presente, não interferiria com nenhuma participação ou perguntas. O interrogatório era um ato exclusivo e pessoal do juiz e não tinha nenhuma interferência externa, reflexo de um modelo amplamente inquisitório.

Pois bem, somente depois deste interrogatório sombrio que era de fato aberta a oportunidade do advogado do acusado se fazer presente processualmente ou, nos casos em que o acusado não tivesse condições que arcar com um advogado ou não tivesse defensor público na comarca, havia a nomeação de um defensor dativo.

Ambas as mudanças foram de enorme valia para o progresso de um modelo acusatório com cada vez menos presença dos resquícios do modelo inquisitório, o que infelizmente ainda ocorre no ordenamento processual penal brasileiro.

Mesmo após a modificação trazida pela Lei 11.719/2008, alguns diplomas legislativos brasileiros não acolheram essa modificação, como por exemplo, o caso da Lei de Drogas (Lei nº 11.343/2006) e o Código Processual Penal Militar. Portanto, ambos ainda mantêm o interrogatório do acusado como primeiro ato da instrução e não como o último ato da instrução, tal como sugere a mudança legislativa.

Em relação à Lei de Drogas, o Supremo Tribunal Federal tem o entendimento de que as modificações quanto ao interrogatório trazidas pela Lei 11.719/2008 não se aplicam a referida Lei, como se vislumbra na decisão mencionada a seguir:

“Ementa: 1. Agravo regimental em recurso extraordinário com agravo. 2. Processo Penal. 3. Momento do interrogatório nas ações penais relativas ao crime de tráfico ilícito de entorpecentes. Adoção do procedimento previsto na Lei de Drogas (Lei 11.343/2006) ofenderia o art. 5º, LV, da CF (ampla defesa). 4. Necessidade de rever interpretação da origem à legislação infraconstitucional. Providência vedada no âmbito do recurso extraordinário. Ofensa reflexa. 5. Rito especial da Lei n.

11.343/2006. O art. 57 da Lei de Drogas dispõe que o interrogatório inaugura a audiência de instrução e julgamento, ocorrendo em momento anterior à oitiva das testemunhas, diferentemente do que dispõe o artigo 400 do CPP. 6. Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. 7. Agravo regimental a que se nega provimento”⁷⁴.

A seguir, cita-se um julgado da Oitava Câmara Criminal do Estado do Rio de Janeiro bem explicativo e didático para elucidar a questão em pauta:

“Ementa: HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. ARTIGO 33 DA LEI 11.343/06. REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA. PRETENSÃO DE OBSERVÂNCIA DO ARTIGO 400 DO CPP. DECISÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM DENEGADA.

[...] 4. Quanto ao atendimento do artigo 400 do CPP, como cediço, tal regra não se aplica aos feitos regidos pela Lei de Drogas, impondo-se a observância das disposições dos artigos 54 e seguintes do citado diploma legal. Ademais, segundo o preceito pas de nullité sans grief, não há de ser declarada nulidade quando não resultar em prejuízo comprovado pela parte que a alega, e, no caso, não vislumbro como a inversão do rito, com a anterior oitiva das testemunhas poderá favorecer as pacientes. Denegação da ordem”⁷⁵.

Finalizando a explanação jurisprudencial sobre o tema do interrogatório no âmbito da Lei de Drogas, trago uma passagem consolidada pelo Supremo Tribunal Federal “A jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de que as novas disposições do Código de Processo Penal sobre o interrogatório não se aplicam a casos regidos pela Lei das Drogas”⁷⁶.

Continuando com a explanação dos exemplos trazidos que são exceção à regra do artigo 400 do Código de Processo Penal, paradoxalmente aos julgados que foram trazidos no âmbito da Lei de Drogas, quando se trata do Código Penal Militar, o próprio Supremo Tribunal Federal decide em sentido oposto, como se vê adiante:

“EMENTA: PROCESSUAL PENAL. INTERROGATÓRIO NAS AÇÕES DE COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR. ATO QUE DEVE PASSAR A SER REALIZADO AO FINAL DO PROCESSO. NOVA REDAÇÃO DO ART. 400 DO CPP. PRECEDENTE DO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (AÇÃO PENAL Nº 528, PLENÁRIO). ORDEM CONCEDIDA.1. O art. 400 do Código de processo penal, com a redação dada pela

⁷⁴ Supremo Tribunal Federal. Acórdão no Agravo regimental em recurso extraordinário n. 823822/ES. Segunda Turma. Relator: MENDES, Gilmar. Publicado no DJe de 29/08/2014. Disponível em <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25260185/agreg-no-recurso-extraordinario-com-agravo-are-823822-es-stf/inteiro-teor-137914822>>. Acessado em 20 de maio de 2017.

⁷⁵ Oitava Câmara Criminal. Acórdão no Habeas Corpus n. 00095716820158190000/RJ. Relator: JUNIOR, Claudio Tavares de Oliveira. Publicado no DJ de 20/03/2015. Disponível em <<https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/177090931/habeas-corpus-hc-95716820158190000-rj-0009571-6820158190000>>. Acessado em 20 de maio de 2017.

⁷⁶ Precedentes: ARE 823822 AgR, Relator (a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 12/08/2014;” (HC 125094 AgR / MG - MINAS GERAIS AG. REG. NO HABEAS CORPUS Relator (a): Min. Luiz Fux, julgado em 10.02.2015).

Lei nº 11.719/2008, fixou o interrogatório do réu como ato derradeiro da instrução penal. 2. A máxima efetividade das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa (CRFB, art. 5º, LV), dimensões elementares do devido processo legal (CRFB, art. 5º LIV) e cânones essenciais do Estado Democrático de Direito (CRFB, art. 1º, caput) impõem a incidência da regra geral do CPP também no processo penal militar, em detrimento do previsto no art. 302 do Decreto-Lei nº 1.002/69. Precedente do Supremo Tribunal Federal (Ação Penal nº 528 AgR, rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, j. em 24/03/2011, DJe-109 divulg. 07-06-2011). 3. Ordem de habeas corpus concedida.⁷⁷

Ou seja, em relação ao Código Penal Militar, considera o Supremo Tribunal Federal que este seguirá a regra prevista no artigo 400 do Código de Processo Penal, utilizando o interrogatório do acusado como o último ato da instrução.

Por último, a mais recente modificação foi a promulgação da Lei nº 13.245/2016, que modificou o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, mais precisamente o artigo 7º do Estatuto da OAB, que versa sobre os direitos dos advogados. O inciso XXI⁷⁸ do referido artigo, dispõe que é direito do advogado:

“Assistir a seus clientes investigados durante a apuração de infrações, sob pena de nulidade absoluta do respectivo interrogatório ou depoimento e, subseqüentemente, de todos os elementos investigatórios e probatórios dele decorrentes ou derivados, direta ou indiretamente, podendo, inclusive, no curso da respectiva apuração:

a) apresentar razões e quesitos”.

Por anos houve o posicionamento de que em sede de inquérito policial não existiria ampla defesa e contraditório, entretanto, com a modificação do Estatuto da OAB, obrigatoriamente deverá haver o reconhecimento desse direito dado aos advogados. Na realidade, não seria necessária tal modificação, se ao menos a interpretação da Constituição fosse realmente à luz dos princípios e garantias trazidos no projeto democrático que a consagrou, o artigo 7º, XXI não precisaria existir para que se considerasse o advogado um sujeito essencial à justiça, possuindo evidentemente o direito precípua de assistir a seus clientes no bojo de investigação policial.

⁷⁷ Supremo Tribunal Federal. Acórdão no Habeas Corpus n. 115698/AM. Primeira Turma. Relator: FUX, Luiz. Publicado no DJe de 25/06/2013. Disponível em < <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23953653/habeas-corpus-hc-115698-am-stf/inteiro-teor-111846892>>. Acessado em 20 de maio de 2017.

⁷⁸ BRASIL. Lei nº 13.245. Texto promulgado em 12 de janeiro de 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13245.htm>. Acessado em 10 de junho de 2017.

A consequência para o descumprimento de tal direito é a declaração de nulidade de todos os atos que decorram, direta ou indiretamente, do ato que dispensara o defensor. A lei torna incontroversa a possibilidade de ser declarado nulo ato praticado no procedimento investigatório.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente monografia teve por objeto de pesquisa o direito ao silêncio, que é concedido aos indivíduos que passem por uma inquirição perante Autoridades no âmbito processual penal, através do interrogatório judicial ou extrajudicial. O direito ao silêncio é cabível ao preso a partir do momento da prisão, ao investigado, ao acusado e estende-se ainda às testemunhas quanto a fatos autoincriminatórios.

Esse direito previsto constitucionalmente serve como proteção para o indivíduo não se autoincriminar. O direito ao silêncio é muito mais abrangente do que parece, pois não significa tão somente o direito de que o indivíduo tem de permanecer calado durante o interrogatório, mas compreende, também, o direito de não produzir provas ou praticar atos que importem prejuízo à defesa, incluindo-se, aí, o direito de mentir, desde que não seja prejudicial ou incrimine terceiros.

Este é manifestação do direito à intimidade, de preservação, de escolha entre falar ou calar, de não se expor, do livre exercício da consciência. É predicado da personalidade e efetiva-se na presunção da inocência, porque o imputado não precisa falar para demonstrar a sua inocência, o indivíduo se cala porque não tem nada a falar ou não o deseja falar. Sequer há a necessidade de justificar o porquê da postura silente.

O direito ao silêncio realiza-se através de outros princípios processuais correlacionados, principalmente se efetiva através da garantia da ampla defesa, na medida em que seu exercício é, antes de tudo, o exercício da defesa própria, com a não produção de provas contrárias a si ou por entender o titular que existe o risco de potencial dando à defesa ao falar.

O direito de permanecer calado deve ser informado ao preso no momento de sua prisão e ao interrogado antes de se iniciar as indagações. É mister o esclarecimento sobre a abrangência da garantia, a fim de evitar a falsa interpretação do direito pelo próprio titular. A falta de advertência sobre o direito ao silêncio é inconstitucional e traduz-se em vício que afeta a validade de eventual confissão, pode afetar a validade do auto de prisão em flagrante e o processo em seus atos ulteriores, caso fique comprovado prejuízos ao exercício da defesa.

É importante frisar que a equiparação do direito ao silêncio com o princípio do *nemo tenetur se detegere* é equivocada, visto que o *nemo tenetur se detegere* abrange outros direitos do réu, não somente o direito ao silêncio, que constitui apenas um corolário daquele. O direito a não autoincriminação consiste na abrangência do direito ao silêncio, do direito do réu em mentir no interrogatório e o direito de não colaborar ativamente na produção probatória.

Correlacionando o direito ao silêncio com o interrogatório, que é o objeto de estudo desta monografia, vale a observância do instituto do interrogatório sob uma análise crítica a fim de buscar uma conclusão mais completa.

O interrogatório é a oitiva oficial do investigado ou acusado no curso da persecução penal, ocasião em que este poderá se manter silente, apresentar sua versão sobre os fatos imputados, seja ela verdadeira ou falsa, levantar alguma causa excludente de ilicitude ou culpabilidade, confessar a autoria do delito ou aduzir algum requerimento. É a manifestação explícita do princípio do contraditório e da ampla defesa, onde se visualiza a ocasião para a realização da autodefesa.

Para a descoberta da realidade fática, as perguntas devem ser claras e objetivas, jamais tendenciosas. É inadmissível o emprego de qualquer meio de coação para se obter a confissão do interrogado, seja físico ou moral. O depoimento obtido através do constrangimento é considerado prova ilícita.

Quanto ao interrogatório em sede policial, parte da doutrina entende não haver contraditório nesta fase, pois a constituição somente garante tal direito aos litigantes em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral. Assim, como o inquérito é um procedimento administrativo e não um processo, não haverá contraditório.

Argumentando em sentido oposto e particularmente o mais adequado, Aury Lopes Jr.⁷⁹ entende que o direito de defesa é um direito-réplica, que nasce com a agressão que representa para o investigado a existência de uma imputação ou ser objeto de diligências policiais. Segundo o autor, é muito simplório afirmar que não se aplica o art. 5º, LV, CRFB, no inquérito somente por não haver a figura típica do “acusado”, vez que não há denúncia ainda.

Não obstante, argumenta ainda que a constituição foi extremamente abrangente, protegendo os litigantes tanto em processo judicial como em procedimento administrativo. Desta forma, não haveria como afastar o investigado da abrangência da proteção constitucional, porque é inegável que o mesmo enquadra-se perfeitamente na situação de “acusados em geral”, pois a imputação e indiciamento são formas de acusação em sentido amplo.

Outro ponto controverso é a possibilidade ou não da aplicação do direito ao silêncio na primeira fase do interrogatório, qual seja, a fase de qualificação do acusado, que deve fornecer seu nome, dados pessoais, documentos, dentre outras identificações.

Apesar do entendimento majoritário da doutrina, do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça ser a não aplicação do direito ao silêncio na fase de qualificação, crítica paira no cerceamento defensivo que existe na não aplicação do direito ao silêncio na nesta fase. O poder estatal possui aparato suficiente para identificar o acusado devidamente, sem que este tenha a obrigação de ter que se identificar; O ônus probatório no processo penal pertence ao acusador e não ao acusado, não sendo, portanto, admissível que o acusado tenha que suportar o encargo de municiar o sujeito acusatório para que este ofereça a denúncia ou queixa contra si.

⁷⁹ Junior, Aury Lopes. *Investigação preliminar no processo penal* / Aury Lopes Jr., Ricardo Jacobsen Gloekner – 6 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2014, p.471

Como abordado em alguns capítulos anteriores e complementando o instituto do interrogatório, vale ressaltar que a presença do defensor é indispensável no interrogatório judicial e justifica-se para garantir a inexistência de procedimentos constrangedores e formas inadequadas ou proibidas de interrogatório, além da manutenção de seu caráter essencialmente de defesa.

Enquanto que em sede policial, o entendimento majoritário é de que há a disponibilidade do defensor, visto que mesmo com a modificação em relação aos direitos dos advogados trazida pela Lei 13.245/2016, existe a possibilidade de haver interrogatório policial sem a presença do defensor e esse ato não ser nulo.

A alteração trazida pela lei supracitada é um avanço para a existência de uma defesa efetiva, mas se percebe que a modificação foi uma conquista do profissional responsável pela defesa, de toda a classe advocatícia e não uma conquista direta do acusado, pois caso este não possua advogado constituído, poderá a autoridade responsável interrogá-lo ou tomar depoimentos sem que haja nulidade.

Por fim, conclui-se que o grande reflexo do direito ao silêncio no interrogatório é que apesar do direito ao silêncio estar presente no ordenamento jurídico brasileiro, sendo considerado até mesmo uma garantia constitucional, este continua sendo desrespeitado pelos aplicadores do direito no Brasil.

Como se vislumbra os autores Aury Lopes Jr. e Alexandre Moraes da Rosa⁸⁰:

“Como o silêncio pode deslizar em diferentes sentidos para o sujeito, especialmente no ambiente processual brasileiro, ficar em silêncio pode ser um risco a ser mensurado. Exercer direitos no Brasil pode ser uma tarefa clandestina e arriscada, principalmente quando se está movido por verdades absolutas e autoritárias. O risco está posto. A análise deve ser feita em cada processo penal, conforme seus personagens. A dinâmica do processo é única. O silêncio, todavia, pode ganhar sentidos inesperados, dado que os efeitos do silêncio são imprevisíveis. Afinal, quem cala, nem sempre consente. Certo?”

⁸⁰ JUNIOR, Aury Lopes e ROSA, Alexandre de Moraes da. Máxima do “quem cala consente” é o perigo do silêncio do acusado. Revista Consultor Jurídico. 24 de abril de 2015, 8h00. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-abr-24/limite-penal-maxima-quem-cala-consente-perigo-silencio-acusado#_ednref2>. Acessado em 10 de maio de 2017.

O que se vê é o réu sendo prejudicado implicitamente, pois o juiz julga através do seu livre convencimento motivado e não poderá alegar que o silêncio foi prejudicial ao réu, pois seria inconstitucional, mas é sabido que o julgamento não se torna imparcial, pois prevalece a ideia de que quem não tem nada a esconder, fala tudo que sabe e tem pressa para tal.

A única consequência aceitável é o réu deixar de produzir elementos a seu favor, mas nunca tornar o silêncio um elemento desfavorável para quem o alega.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Texto promulgado em 3 de outubro de 1941. Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988. Brasília. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>.

BRASIL. **Lei nº 13.245**. Texto promulgado em 12 de janeiro de 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13245.htm>.

BRASIL. Oitava Câmara Criminal do Estado do Rio de Janeiro. Habeas Corpus. Prisão preventiva. Artigo 33 da Lei 11.343/2006. Revogação da prisão preventiva. Pretensão de observância do artigo 400 do CPP. Decisão devidamente fundamentada. Ausência de constrangimento ilegal. Ordem denegada. **Habeas Corpus** n. 00095716820158190000/RJ. Relator: JUNIOR, Cláudio Tavares de Oliveira. Publicado no DJ de 20/03/2015. Disponível em <<https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/177090931/habeas-corpus-hc-95716820158190000-rj-0009571-6820158190000>>. Acessado em 20 de maio de 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental em Recurso Especial. Penal. Art. 304 do CP e tráfico de drogas. Uso de documento falso. Meio de autodefesa. Tese improcedente. Tipicidade da conduta. Reincidência. Aplicação. Possibilidade de duplo apenamento do mesmo fato. Inexistência. Causa de diminuição. Art. 33, §4º, da Lei n. 11.343/2006. Falta de preenchimento de um dos requisitos. **Agravo Regimental em Recurso Especial** n. 1269369/RS. Sexta turma. Relator: JUNIOR, Sebastião Reis. Publicado no DJ de 04/12/2014. Disponível em <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/153229693/recurso-especial-resp-1269369-rs-2011-0180656-0>>. Acessado em 15 de maio de 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Penal. Habeas Corpus. Tráfico ilícito de entorpecentes. Pretensão de absolvição. Condenação fundamentada exclusivamente em elementos informativos colhidos no inquérito policial. Impossibilidade. **Habeas Corpus** n. 124438/ES. Quinta turma. Relator: FISCHER, Felix. Publicado no DJe de 03/08/2009. Disponível em <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6062866/habeas-corpus-hc-124438-es-2008-0281703-3>>. Acessado em 26 de março de 2017.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. Súmula n. 522. In: _____. Regimento interno e súmulas. Publicada no DJe de 06/04/2015. RSTJ vol. 243, p. 1062. Disponível em <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?livre=522&&b=SUMU&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acessado em 15 de maio de 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo regimental em recurso extraordinário** n. 823822/ES. Segunda Turma. Relator: MENDES, Gilmar. Publicado no DJe de 29/08/2014. Disponível em <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25260185/agreg-no-recurso-extraordinario-com-agravo-are-823822-es-stf/inteiro-teor-137914822>>. Acessado em 20 de maio de 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus substitutivo de Recurso Ordinário. Crime de falsa identidade para ocultar maus antecedentes. Tipicidade da conduta. **Habeas Corpus** n. 112846/MG. Primeira Turma. Relator: BARROSO, Roberto. Publicado no DJ de 02/09/2014. Disponível em <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25286520/habeas-corpus-hc-112846-mg-stf/inteiro-teor-143454359?ref=juris-tabs>>. Acessado em 15 de maio de 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processual Penal. Interrogatório nas ações de competência da Justiça Militar. Ato que deve passar a ser realizado ao final do processo. Nova redação do art. 400 do CPP. Precedente do plenário do Supremo Tribunal Federal. (AÇÃO PENAL Nº 528, PLENÁRIO). Ordem concedida. **Habeas Corpus** n. 115698/AM. Primeira Turma. Relator: FUX, Luiz. Publicado no DJe de 25/06/2013. Disponível em <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23953653/habeas-corpus-hc-115698-am-stf/inteiro-teor-111846892>>. Acessado em 20 de maio de 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insubsistência da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. **Recurso Extraordinário** n. 466343/SP. Tribunal Pleno. Relator: PELUSO, Cezar. Publicado no DJe de 05/06/2009. Disponível em <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14716540/recurso-extraordinario-re-466343-sp>>. Acessado em 15 de maio de 2017.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 5. ed. Coimbra: Editora Almedina, 2005.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

COSTA RICA. **Convenção Americana Sobre Direitos Humanos**. Texto promulgado em 22 de novembro de 1969. San José. Disponível em: <http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/c.Convencao_Americana.htm>.

DIAS NETO *apud* BARBIERO, Louri Geraldo. **O Direito Constitucional do Réu ao Silêncio**. Revista da Escola de Magistratura do Estado de Rondônia, nº 05, 1998. Disponível em: <<http://www.tj.ro.gov.br/emeron/revistas/revista5/indice.htm>>.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 1. ed. São Paulo. Saraiva: 1999.

GRINOVER. Ada Pellegrini; FERNANDES. Fernando Scarance e FILHO. Antonio Magalhães Gomes. **As Nulidades no Processo Penal**. 6. ed. São Paulo. Saraiva: 1997.

HADDAD, Carlos Henrique Borlido. **O Interrogatório no Processo Penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

HARTMANN, Helen. **Da reforma (retórica) do art. 186 do CPP à inefetividade (persistente) do direito ao silêncio**. In: MORAIS DA ROSA. **Para um direito democrático: diálogos sobre paradoxos**. Florianópolis; Conceito, 2006.

JARDIM, Afrânio Silva. **Direito Processual Penal**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

JUNIOR, Aury Lopes. **Direito Processual e sua conformidade constitucional**. Vol. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

JUNIOR, Aury Lopes e ROSA, Alexandre de Moraes da. **Interrogatório deve ser o último ato do processo**. Revista Consultor Jurídico. 03 de julho de 2015, 8h00. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-jul-03/limite-penal-interrogatorio-ultimo-ato-processo>>.

Junior, Aury Lopes. **Investigação preliminar no processo penal** / Aury Lopes Jr., Ricardo Jacobsen Gloekner – 6 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2014.

JUNIOR, Aury Lopes e ROSA, Alexandre de Moraes da. **Máxima do “quem cala consente” é o perigo do silêncio do acusado**. Revista Consultor Jurídico. 24 de abril de 2015, 8h00. Disponível em: < http://www.conjur.com.br/2015-abr-24/limite-penal-maxima-quem-cala-consente-perigo-silencio-acusado#_ednref2>.

JUNIOR, Nelson Nery. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

NUCCI, Guilherme. **Código de Processo Penal Comentado**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

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