

Não há que se falar em processo penal válido sem provas que o sustente, tampouco em um processo legítimo sem respeito às garantias fundamentais e a sua finalidade é uma atuação/ação do Estado para a solução de determinado conflito e, ao fim do processo, o Estado deliberará quem tem razão e esse percurso deve ser percorrido pela ética para a efetiva e precisa obtenção da justiça, buscando a veracidade que mais se aproxime dos fatos.

Nessa toada, define Aury Lopes Junior (2013, p. 535) o processo penal como “um ato de retrospectiva de uma reconstrução aproximativa de um determinado fato histórico” e o devido processo legal é o princípio que reúne os demais princípios que precisam ser considerados no processo penal. Consagrado na Carta Magna de 1988, instrui que "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal", sendo assim, é um princípio que motiva outros princípios constitucionais, trazendo grande segurança jurídica para o cenário brasileiro.

Como os outros princípios que guiam o direito, o devido processo legal não pode ser traduzido em uma pura série de atos processuais, tratando do aspecto formal somente, as garantias devem ser efetivas e deve ser acompanhado dos outros princípios do ordenamento pátrio e, ao citar procedimentos estatais, é imperioso discorrer sobre o interrogatório e seu regulamento pois é esse o momento processual que é o cenário onde se insere o objeto de pesquisa desse trabalho.

O interrogatório é um dos momentos mais importantes dos atos processuais, haja vista que, nesse ato, o juiz tem a oportunidade de ouvir o acusado, obter informações e o acusado tem a chance de esclarecer a imputação que lhe foi atribuída e, concomitantemente, fazer a sua autodefesa.

O artigo 187 do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei nº 10.792, de 1 de dezembro de 2003, esclarece a ordem do interrogatório. A primeira parte, é sobre a pessoa do acusado e a segunda parte sobre os fatos, desta forma pode se assegurar que o interrogatório é bifásico. É um ato personalíssimo, onde somente o réu pode ser questionado e é ato privativo, além de ter como característica a oralidade, que diminui o abismo processual entre acusado e magistrado, que é fator de dificuldade para a defesa.

Iniciando uma análise principiológica e, relacionando o direito ao silêncio à outros princípios, nota-se que tal direito não tem aplicabilidade independente na seara jurídica, se mostrando como uma ilação da aplicabilidade em conjunto com outros que estabelecem os parâmetros e limites à atuação do Estado na repressão do evento delituoso.

No momento processual do interrogatório, o acusado é protegido pelo direito ao silêncio, ratificado pelo Brasil no Pacto de São José da Costa Rica, em 1992 e esse direito merece enfoque pois, com essa garantia, consagrada expressamente para o preso, pelo artigo 5º, LXIII, da Constituição Federal e pelo artigo 186 do Código de Processo Penal, mas estendido pela doutrina a todo indiciado ou acusado que está sendo interrogado, não é obrigado a responder as perguntas feitas no interrogatório, podendo permanecer em silêncio e com a liberdade de escolher se confere ou não a sua cooperação no processo, também intimamente ligado ao princípio “*nemo tenetur se detegere*”, que garante ao acusado o direito de ficar em silêncio e esse não ser entendido como indicativo de culpabilidade.

De fato, o ônus da prova compete 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 não é obrigado a praticar qualquer ato que possa ser lesivo à sua defesa.

Doutrinariamente, o princípio é conceituado por Nelson Nery Junior (2017, p. 299):

[...] é da essência da ampla defesa o direito de não ser obrigado a se autoincriminar, tanto no processo administrativo como no judicial (penal, civil, trabalhista, eleitoral, militar). À proibição de autoincriminação corresponde o direito de não ser obrigado a produzir prova contra si mesmo. Não se pode compelir ninguém a produzir prova contra si mesmo, aplicando se essa garantia tanto à pessoa física como jurídica. No processo sancionador (administrativo ou penal), o ônus da prova é da acusação que dela deve ser desincumbir pelos meios regulares em direito admitidos, sem obrigar o acusado a fazer prova contra si mesmo.

O princípio do “*nemo tenetur se detegere*” é muito mais amplo que o direito ao silêncio, não é limitado exclusivamente a esse. O direito ao silêncio pode ser avaliado como a mais clássica revelação do princípio da não autoincriminação. Nesse mesmo viés do princípio da não autoincriminação, há mais uma divisão do mesmo, além do direito ao silêncio.

O primeiro a ser mencionado se trata do princípio do contraditório que conduz a obrigação de garantia do direito à manifestação favorável ou contrária, a qual implica ciência e conhecimento dos litigantes em processo.

Esse princípio assegura tratamento igualitário entre as partes do processo e é a segurança de que para toda ação haja uma adequada reação, garantindo-se, assim, a plena igualdade de oportunidades processuais, tal como pondera Antônio Scarance Fernandes (1999, p.58):

[...], 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.

O direito à ampla defesa, igualmente correlacionado ao direito ao silêncio, está previsto no artigo 5º, LV, da Constituição da República Federativa do Brasil e tem, por conceito, o provimento de todos os meios legais de defesa ao acusado, para que se mostre legítima a imposição de uma sanção penal a ele.

Para que se mostre eficaz a defesa ampla na seara penal, ela deve ser exercida através de dois meios: a defesa técnica e a chamada autodefesa, ou seja, com direito à informação e manifestação obrigatória por parte do defensor técnico, pela oportunidade e respeito a essa, dado que, exatamente pelo acusado ter direito a silenciar-se, essa pode, inclusive, consistir em uma estratégia para o apropriado exercício de sua defesa no caso.

O acusado pode abdicar-se a exercer a autodefesa, ficando em silêncio mas não pode abdicar da defesa técnica, pois esta é indisponível. É, deste modo, no direito ao silêncio, que se concilia a autodefesa com a defesa técnica. Posto que, no exercício da autodefesa, o acusado, no momento de seu interrogatório, poderá operar diretamente no convencimento judicial, criando elementos de convicção para seu benefício ou calando-se e por conseguinte, evitando o surgimento de elementos em seu prejuízo.

Completa-se, assim, que o direito ao silêncio se conecta impecavelmente como elemento estratégico, tanto na autodefesa como na defesa técnica e este não pode de nenhuma maneira, ser avaliado desfavorável ao acusado. A única implicação admissível é uma autodefesa silenciosa, que tão somente motivará outro nascedouro probatório para o convencimento do juiz, isso para aqueles que entendem que o interrogatório é um meio probatório.

Como bem instrui Maria Elizabeth Queijo (2012, p.110):

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.

O interrogatório do acusado é o momento processual onde mais se invocam todos os princípios que foram elencados e correlacionados à modalidade do direito ao silêncio. Nesse aspecto, a dualidade de permanecer calado em contraponto com a inquirição do réu e a aplicabilidade efetiva do instituto serão objeto de elucidação a seguir.

Com o desenvolvimento da doutrina e da legislação brasileira no sentido de aplicar o devido processo legal, mais precisamente a disposição da ampla defesa e do princípio de inocência, entende-se que ninguém é obrigado a se auto incriminar, não podendo ser o acusado coagido ou forçado a produzir provas contra si mesmo e é necessário destacar que o direito ao

silêncio no interrogatório deve estar presente em todas as fases procedimentais nas quais o acusado for interrogado.

O direito ao silêncio que já é conferido ao acusado, já chegou a ser considerado uma provocação à autoridade interrogadora. Era entendido que o direito ao silêncio desonraria a magistratura ou a autoridade policial, demonstrando ineficácia da autoridade, que não teria as suas questões respondidas pelo acusado. Neste liame, Maria Elizabeth Queijo (2012, p. 235) preleciona: “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”.

Se aviltado, o direito ao silêncio também gera a nulidade do interrogatório, até de maneira absoluta e, à depender da mitigação causada à ampla defesa, poderá incidir à nulidade de todos os atos que dele dependam ou que dele resultem, devendo, assim, ser estudado caso a caso.

Em regra, o direito ao silêncio é exercido na 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. Não obstante, no direito processual penal moderno é inegável que o acusado continue 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 acusado que ele não é obrigado a responder às questões que lhe forem formuladas está garantindo seu direito ao silêncio e, de maneira expressa, sem subterfúgios decorrentes da omissão. Com efeito, ele assegura o silêncio de maneira categórica ao réu.

Recentemente a postura de uma magistrada que conduzia o ato em tela durante a audiência de instrução indeferiu o ato do interrogatório devido ao acusado responder tão somente as perguntas formuladas por seu defensor, conforme notícia publicada no site Consultor Jurídico:

Na última segunda-feira (15), viralizou na *internet* gravação de audiência de instrução de julgamento, ocorrida na Justiça Federal de Santos, na qual **a magistrada que presidia a solenidade indeferiu o ato de interrogatório do acusado, pelo fato dele informar que só responderia as perguntas formuladas pelo seu defensor.**

Na visão da julgadora, **a escolha do acusado feriria o princípio do contraditório e, para além disso, impediria que o juízo, para quem a prova é dirigida, formasse sua livre convicção no julgamento do feito, em insofismável despautério com o devido processo legal.** (AGACCI, 2020, grifo nosso)

Após repercutir nos diversos meios de comunicação referida atitude da magistrada, o Ministro Marco Aurélio se posicionou acerca do ocorrido, que denominou o tempo presente de “tempos estranhos”, eis que a juíza constitui um “exemplo da cultura inquisitória inveterada na prática de nosso processo penal, imperando a desconstrução do acusado como sujeito de direitos.” (AGACCI, 2020)

Ressalta-se que durante o interrogatório o direito ao contraditório pertence ao acusado, oportunidade que detém de se defender da acusação que lhe foi atribuída, bem como de até mentir. Ademais, permitir que o suposto contraditório durante o interrogatório pelo Promotor de Justiça é permitir um “duplo ataque ao acusado, ferindo-se a ampla defesa, o devido processo legal e a paridade de armas.” (AGACCI, 2020)

Por fim, conclui-se que:

Por todas essas razões não há outra conclusão acertada ao caso narrado senão àquela de que ao acusado —*pela ampla defesa, contraditório, paridade de armas, direito ao silêncio e a não autoincriminação, além da própria razão de ser do processo penal acusatório* — **outorga-se o direito de responder as perguntas de quem quiser, total ou parcialmente, pois o direito ao silêncio seletivo é garantia constitucional e processual do acusado.** (AGACCI, 2020, grifo nosso)

Simultaneamente, o Tribunal de Justiça de Minas Gerais se posiciona acerca da legalidade do ato do acusado em escolher as perguntas as quais irá responder:

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - EXERCÍCIO DO DIREITO AO SILÊNCIO - FORMULAÇÃO DE PERGUNTAS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO - POSSIBILIDADE - AUSÊNCIA DE PREJUÍZO AO RÉU - HOMICÍDIO QUALIFICADO - AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS - MEIO CRUEL - REITERAÇÃO DE GOLPES - DECISÃO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS - INOCORRÊNCIA - DELITO DE OCULTAÇÃO DE CADÁVER - EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE EM RAZÃO DA PRESCRIÇÃO. - **Não constitui nulidade a circunstância de ter o Promotor de Justiça formulado perguntas ao acusado, não obstante sua prévia manifestação de permanecer em silêncio e responder apenas os questionamentos da Defesa.** - A reiteração de golpes de arma branca, causando sofrimento atroz e desnecessário na vítima, é suficiente para caracterizar a qualificadora pertinente ao meio cruel. - A decisão popular somente pode ser cassada em sede recursal, quando se apresentar arbitrária, chocante e flagrantemente dissociada dos elementos de convicção reunidos no decorrer do inquérito, da instrução e dos trabalhos em plenário, traduzindo-se em verdadeira criação mental dos jurados. Se ela encontra algum apoio - ainda que minoritário - na prova reunida, a sua manutenção se impõe, sob pena de afronta à soberania do Júri, constitucionalmente assegurada. - A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação, regula-se pela pena aplicada, nos termos do art. 110, §1º, do Código Penal, considerando-se no caso sub judice a redação dada pela Lei nº 7.209/84, a qual vigorava no momento dos crimes. - Deve-se decretar a extinção da punibilidade pela ocorrência da prescrição se, entre os marcos interruptivos, transcorreu lapso temporal suficiente a ensejá-la. (TJMG - Apelação Criminal

1.0105.07.238761-3/001, Relator(a): Des.(a) Beatriz Pinheiro Caires, 2ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 01/03/2018, publicação da súmula em 12/03/2018).

Entretanto, é notório que o silêncio no todo ou até mesmo em partes pode ser interpretado em prejuízo de sua defesa, pois o juiz, no seu livre convencimento, pode interpretar o silêncio do modo como o conjunto de provas corroborarem e como lhe aprouver. 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 acusado tenha respondido ao que foi indagado.

Sob uma apreciação crítica, é imperioso analisar e destacar os dois momentos como é visto o interrogatório: como meio de defesa e como meio de prova, tendo em vista que o exercício do direito ao silêncio pelo acusado nesse momento processual não poderia ser considerado, nem em nenhum outro momento, prejudicial ao acusado e este, não raras as vezes acaba o sendo, ao emitirem um juízo valorativo das provas produzidas e acabam por considerar o silêncio contrariamente ao acusado, de forma errônea.

Os posicionamentos doutrinários são divergentes no que concerne a definição desse ato processual. A primeira e mais importante contribuição da Lei n.10.792 de 2003, no que tange ao interrogatório, é o de defini-lo como meio de defesa e é delineado por este aspecto que se esclarecem todas as novidades trazidas aos artigos 185 a 196 do Código de Processo Penal mas, por outro lado, o Código de Processo Penal disciplinou esse ato no Título VII, intitulado “Da Prova”, o que dá a conotação de que compõe meio probatório. Assim entende a doutrina tradicional, com arrimo na sua consideração no livre convencimento judicial, bem como na possibilidade de resultar em confissão. Ultimamente, é mais difundida, entretanto, a sua qualificação como meio de defesa.

É fulgente que os moldes da natureza jurídica do interrogatório estão pautados no modelo de sistema seguido, o conceito de ser considerado meio de prova se assenta em raízes do sistema inquisitório, onde o acusado tem o função de objeto no processo e não como parte, característica do modelo acusatório.

Mesmo conhecendo que o interrogatório pode apresentar ao magistrado informações úteis à descoberta da verdade dos fatos, parte considerável da doutrina percebe que é apenas meio de defesa e não meio de prova, principalmente em decorrência da previsão constitucional do direito ao silêncio, que o coloca na zona de disponibilidade do acusado, de modo a facultar-lhe a livre alternativa entre ser ou não interrogado.

A Constituição de 1988 deixa claro que devemos justapor no processo penal de acordo com o modelo acusatório, ela preceitua garantias que destoam com o sistema inquisitório como, a exemplo, o direito ao contraditório, à ampla defesa e o devido processo legal, o próprio legislador criou legislações para que o ordenamento se amoldasse aos princípios fundamentais, e então, temos incluso do processo penal e no ato do interrogatório, regras que alteraram significativamente o procedimento e sua natureza, ainda que continue posto sob o título das provas no Código de Processo Penal atual.

Perante o que encontra-se positivado na Constituição, a legislação infraconstitucional veio ao encontro dessas garantias e alterou o Código de Processo Penal de 1941, dando resultado à várias modificações, até mesmo mudanças que suggestionaram no interrogatório, como mencionadas anteriormente, merecem ênfase por terem modificações mais significativas, no que concerne às provas e ao interrogatório, a Lei nº 10.972 de 2003 e a Lei nº 11.690 de 2008.

No sistema acusatório, como debruça o brasileiro, ponderado à luz da Constituição, dá-se ao réu a faculdade de responder ou não o que lhe é interrogado e, com obviedade e em respeito ao direito que lhe é garantido, pode permanecer em silêncio, configura o interrogatório como um direito de ser escutado, direito de se auto defender, o que o caracteriza ser meio de defesa.

Como visto, as garantias e os princípios que compõem a chamada base constitucional da efetiva ação persecutória do Estado não têm aplicabilidade independente e não é diferente no ato processual do interrogatório, ocasião em que os preceitos nos quais estão previstos possuem interpretação e aplicação integrada.

Dessa forma, os princípios do direito à não autoincriminação, do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, princípios esses que delineiam de forma expressa o direito ao silêncio aos investigados e acusados em geral, revelam-se, de fato, como uma ponderação da atuação do poder de punir estatal e que, se não ressaltados, geram a nulidade do processo e a ilegitimidade da repressão estatal pela prática da infração penal.

Do direito ao silêncio, aplicado em nível constitucional, decorre o entendimento do interrogatório como meio de defesa. Se o réu pode silenciar-se, se não mais é plausível forçá-lo a falar, nem por intervenção de coações implícitas, é notório que o ato processual do interrogatório não pode mais ser avaliado como meio de prova, não é mais preordenado à colheita de prova, tendo serventia, então, como meio de autodefesa, não constitui ato exclusive do magistrado, mas sim do réu, eis que a oportunidade de produzir provas que o descrimine.

É certo que do interrogatório podem aparecer dados que instituem fonte de prova. Assim, a correta conceituação do interrogatório é a de que institui ele meio de defesa e que pode, eventualmente, servir como fonte de prova. Agora, com o previsto nos artigos 185 a 196

do Código de Processo Penal pela nova lei, a norma infraconstitucional adaptou-se ao sistema constitucional e passou a configurar o interrogatório como verdadeiro direito de defesa. Esta é a inovação principal trazida ao Código de Processo Penal pela Lei n. 10.792 de 2003. E é à luz desta nova configuração que se relevam e se explicam as alterações colocadas nos dispositivos legais concernentes ao interrogatório e o interrogatório é visto como ato do acusado e não mais exclusividade do magistrado.

Ademais, sendo o interrogatório ato do acusado, cabe a ele, conforme entendimento do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, permanecer em silêncio total ou parcialmente, bem como escolher as quais perguntas e a quem responder, principalmente a escolha de responder os questionamentos formulados apenas pela defesa.

Findando, pode-se assegurar, sem hesitar, que a observância do exercício do direito ao silêncio na disciplina do interrogatório vem ajustar o “erro” do Código de Processo Penal de 1940, que o apresentava como meio de prova e previa sanções indiretas para o exercício do direito ao silêncio e, a partir de então, o direito positivo brasileiro dá início ao alinhamento entre os mais avançados do mundo, em termos de garantias.

O ônus probatório no processo penal cabe 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 elementos prejudiciais contra si. A excepcional consequência cabível é o réu deixar de produzir dados a seu favor, mas nunca tornar o silêncio um elemento desfavorável para quem o alega.

Embrenhando no tema, foi verificado que ainda resta um conflito legislativo sobre a efetiva conotação do princípio, uma vez que em determinadas situações se afiguram como um efetivo ônus ao réu que, silenciar-se em relação à acusação que lhe é feita, sofrerá, ainda que implicitamente, a reprimenda estatal.

REFERÊNCIAS

AGACCI, Mathaus. Direito ao silêncio seletivo no interrogatório judicial. **Consultor Jurídico**. 22 jun. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jun-22/mathaus-agacci-direito-silencio-seletivo-interrogatorio-judicial>. Acesso em: 25 jun. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Planalto. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 20 jun. 2020.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941: **Código de Processo Penal**. Planalto. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 20 jun. 2020.

BRASIL. **Lei nº 10.792, de 1º de dezembro de 2003**: Altera a Lei nº 7.210, de 11 de junho de 1984 - Lei de Execução Penal e o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal e dá outras providências. Planalto. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.792.htm#:~:text=LEI%20No%2010.792%2C%20DE,Penal%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%A2ncias.&text=%22Art.,-52.&text=IV%20%2D%20o%20preso%20ter%C3%A1%20direito,di%C3%A1rias%20para%20banho%20de%20sol.>>. Acesso: em 20 jun. 2020.

BRASIL. **Lei nº 11.690, de 09 de junho de 2008**: Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal, relativos à prova, e dá outras providências. Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/111690.htm#:~:text=Altera%20dispositivos%20do%20Decreto%2DLei,prova%2C%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%A2ncias.>. Acesso em: 20 jun. 2020.

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

JÚNIOR, NELSON NERY. **Princípios do Processo na Constituição Federal**. São Paulo: RT, 2017.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 10ª ed. Saraiva, 2013, p. 535.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 30ª ed. rev. e atual.- São Paulo: Atlas, 2014.

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.

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